

Comentario crítico-jurídico-literal

á las

ochenta y tres Leyes de Toro;

su autor

DON SANCHO DE LLAMAS Y MOLINA,

Colegial en el Mayor de San Ildefonso, Universidad de Alcalá, Doctor en ambos Derechos en la misma, y Consejero Togado en el Real y Supremo Consejo de Hacienda.

TOMO SEGUNDO.

Madrid.

Imprenta de Repullés, plazuela del Angel.

Año 1827.

CONTINUACION
AL COMENTARIO
CRITICO-LITERAL
A LAS OCHENTA Y TRES LEYES DE TORO.

Ley XXXVI de Toro; es la 10, tít. 4.º, libro 5.º de la Recopilacion.

Cuando el comisario no fizo testamento, ni despuso de los bienes del testador, porque pasó al tiempo, ó porque no quiso, ó porque se murió sin facerlo, los tales bienes vengan derechamente á los parientes del que le dió el poder que obiesen de heredar sus bienes abintestato, los cuales en caso que no sean fijos ni descendientes ó ascendientes legítimos, sean obligados á disponer de la quinta parte de los tales bienes por su ánima del testador; á lo cual si dentro del año contado dende la muerte del testador, no la cumpliere; mandamos que nuestras justicias les compelan á ello, ante las cuales lo puedan demandar, y sea parte para ello cualquiera del pueblo.

COMENTARIO

á la ley 36 de Toro.

1 Dispone la presente ley que cuando el comisario no hizo testamento por haber pasado el tiempo señalado para hacerlo, ó por no haber querido, ó porque se murió antes, los bienes del que dió el poder vayan á sus parientes que lo habian de heredar abintestato, y sino son hijos descendientes ni ascendientes legítimos esten obligados á disponer de la quinta parte de dichos bienes por el alma del testador dentro del año contado desde la muerte del mismo, y si no lo cumplieren, manda que las justicias los compelan á ello, y que cualquiera del pueblo sea parte para demandarlos.

2 Para la mas fácil inteligencia de esta ley conviene advertir que esta y la 32 hablan de un mismo caso respecto del testador, á saber, cuando dió poder general é indefinido al comisario para que hiciese testamento por él; pero es diverso el caso de parte del comisario, porque en la 32 el comisario llevó á efecto la facultad que le dió el testador, é hizo testamento por él, y en la presente se supone que no usó de la facultad que se le dió para testar por no haber podido ó querido el comisario otorgar el testamento: de esta variedad que hubo de parte del comisario nació la diversidad que se nota en la resolucion de esta ley respecto de la 32, reducida á que en el caso que se propone en la 32 el que dió el poder murió testado en cuanto al quinto de sus bienes, é intestado en los demas, habiéndole quedado parientes con derecho de heredarle, y en el caso de la presente el que dió el poder murió absolutamente intestado en todos sus bienes, tanto en el caso de dejar parientes como de morir sin ellos, pues ni él hizo testamento ni tampoco el comisario á quien dió poder para que lo hiciera por él.

3 La duda que á primera vista se ofrece consiste en saber ó señalar la razon que tuvo la presente ley para establecer la diferencia de que cuando los parientes que venian á heredar abintestato eran colaterales estuviesen obligados á disponer de la quinta parte de sus bienes por el alma del testador, y que no tuviesen esta obligacion los descendientes ó ascendientes del mismo cuando sucedian en igual caso.

4 Tello Fernandez en el número 4.º del Comentario á esta ley propuso esta duda, y resuelve que la razon que movió al

legislador para no gravar á los descendientes y ascendientes del testador con la obligacion de invertir el quinto de los bienes en beneficio de su alma, fue el que por la ley 6.ª de Toro se declaró que los descendientes y ascendientes del testador son herederos legítimos y necesarios de todos sus bienes, á quien sin embargo se le permite que pueda disponer del quinto ó tercio de todos ellos respectivamente, siendo los descendientes y ascendientes herederos forzosos de todos los bienes del testador cuando este no dispone de la parte que se le permite, todos los bienes íntegramente pasan á los herederos por reputarse universales de todo lo que no disponga el testador, y como en el caso de la presente ley ni el testador ni el comisario dispusieron del quinto ni tercio de sus bienes, todos se reputaron por legítima de los mismos, y de consiguiente no correspondia que se les gravase con ninguna carga ó deduccion.

5 Esta opinion de Tello, á quien sigue Matienzo en la ley 10, tít. 4.º, libro 5.º de la Recopilacion, glosa 4.ª, número 2.º, la tengo por tan sólida y fundada que enteramente subscribo á ella.

6 Otra duda que debe examinarse aquí es si por la pragmática ó ley 16 del título 4.º, lib. 5.º de la Recopilacion, se corrige ó deroga la presente ley en la parte que dispone que los parientes colaterales que vengan á heredar abintestato los bienes del finado esten obligados á invertir el quinto de los bienes del mismo en beneficio de su alma, y soy de parecer que la ley 16 nada ha innovado en este punto, y que el fin que se propuso, como en la misma se espresa, fue impedir que los jueces, así eclesiásticos como seculares, estendiesen indebidamente la presente ley á herederos que en ella se esceptúan, y casos de que no habla, y dispuso que se observase la presente ley en todo lo por ella ordenado, y en la forma y manera que se halla prevenido, ciñéndose á lo literal y espreso de ella, con que mal podria entenderse derogada esta ley por la 16, que tan espresa y literalmente la confirma.

7 La estension que dice la ley hacian las justicias eclesiásticas y seculares indebidamente á herederos que en esta ley se esceptúan debe entenderse de cuando los herederos eran descendientes ó ascendientes, en cuyo caso como la ley no les imponia la obligacion de invertir el quinto de sus bienes en beneficio de su alma, indebidamente se mezclaban ambas jurisdicciones para compeler á dichos herederos á hacer la inversion del quinto en obras pias; con que es claro que en este punto la ley 16 solo corrigió el abuso introducido contra la decision de la presente ley de compeler á los descendientes y ascendientes que eran herederos abintestato á invertir el quinto de sus bienes en beneficio del alma del testador, de cuya obligacion estaban esceptuados por la ley, sin que en nada espresase para el caso en que los herederos eran colaterales.

8 No se opone á esto que mande la referida pragmática que los parientes que suceden abintestato deban hacer el entierro, exequias, funerales y demas sufragios que se acostumbran en el pais con arreglo á la calidad, caudal y circunstancias del difunto, y que solo en el caso de que los herederos no cumplan con esta obligacion se les compela á ellos ó sus propios jueces, sin que por dicha omision y para el efecto referido se mezcle ninguna justicia eclesiástica ni secular en hacer inventario de los bienes, porque toda esta disposicion se debe considerar en parte como estension de la disposicion de la ley de Toro, y en parte como confirmacion de la misma: se persuade ser este el fin que se propuso en la pragmática si se hace reflexion á los abusos que supone la misma se habian introducido contra la observancia y literal disposicion de la ley de Toro.

9 Uno de estos abusos consistia en que la disposicion de la espresada ley de Toro, que hablando de los herederos colaterales les imponia la obligacion de invertir en beneficio del alma del testador el quinto de sus bienes, la estendian á los herederos que eran descendientes ó ascendientes del mismo, y por esto dice con razon la pragmática que los jueces asi eclesiásticos como seculares estendian la ley de Toro á casos que en ella se esceptuaban.

10 El otro abuso era consiguiente á este, pues suponiendo en los descendientes y ascendientes la obligacion de invertir dicho quinto en beneficio del alma del testador, los compelian los jueces seculares ó eclesiásticos á ello, y para este fin se entrometian á formar inventario de sus bienes.

11 Como estos abusos eran contrarios á la letra y espíritu de la ley de Toro, su correccion y enmienda que proveyó la

pragmática, no puede considerarse como derogacion de dicha ley de Toro, sino como confirmacion de la misma, y asi cuando tratando de corregir dichos abusos manda la pragmática que los bienes del testador se entreguen íntegramente á los parientes que los han de heredar abintestato, y les señala el modo y forma con que han de celebrar y costear los gastos del entierro, exequias, funerales y demas sufragios, nada corrigió de lo dispuesto por la ley de Toro, pues esta ninguna cosa espresó para el caso de que los herederos fueran descendientes ó ascendientes del testador, y asi el señalamiento ú obligacion que ahora les impone la pragmática se debe considerar mas bien como una declaracion ó ampliacion de la ley de Toro en esta parte que como correccion de la misma.

12 Tampoco es ni puede reputarse por correccion de la ley de Toro la pragmática en la parte que ordena que en caso de ser omisos los herederos en cumplir la obligacion que les habia impuesto de costear el entierro, exequias, funerales y demas sufragios que se acostumbran en el pais segun los haberes y calidad de las personas, se les compeliese á ello por sus propios jueces, pues como la ley de Toro no habla espresamente de este caso todo lo que la pragmática acerca de él dispuso no se puede reputar por derogatorio de la ley anterior, y en realidad la pragmática no hizo otra cosa sino estender y ampliar lo que la ley de Toro disponia en el caso de que los herederos colaterales eran omisos en la inversion del quinto de los bienes, para cuando la omision era en costear el entierro, funerales y sufragios.

13 Si en alguna cosa hubiese alterado ó corregido la pragmática la disposicion de la ley de Toro, habia de ser en la parte que imponia á los herederos colaterales la obligacion de invertir el quinto de sus bienes en beneficio del alma del testador (cuyo quinto por lo regular y comunmente es de mucho mas valor del coste del entierro, exequias, funerales y demas sufragios que se hagan segun costumbre del pais con arreglo á los haberes y calidad del difunto), que fue la disposicion principal que en ella se contiene, pues lo que ordena de que en caso de omision se les compela por los jueces á cumplir con esta obligacion es una secuela ó ilacion de la disposicion principal. ¿Será, pues, creible que si hubiese derogado la pragmática la disposicion principal de la ley de Toro, dijera que queria se observase la misma (nótese bien) en todo lo por ella ordenado y en la forma y manera que se halla prevenido, ciñéndose á lo literal y espreso de ella?

14 No es conciliable ni compatible en un juicio recto que una ley derogue y revoque lo dispuesto por otra al mismo tiempo que en términos espresos declara y manifiesta quiere se observe todo lo por ella ordenado, y en la forma y manera que se halla prevenido, y encarga se ciñan á lo literal y espreso de ella.

15 La única duda que puede quedar al presente es si en caso que los herederos sean colaterales podrá la justicia secular, pues la eclesiástica está enteramente escluida, formar inventario de los bienes, á fin de poder compelerlos, en caso de morosidad, á invertir el quinto en favor del alma, y aunque por la ley de Toro espresamente no se deba esta facultad á la justicia, como por otra parte se la autorizaba para compeler á los herederos á cumplir esta obligacion, parece que virtualmente le concedia poder formar inventario de los bienes, pues de otro modo mal podria la justicia saber con certeza y seguridad á cuánto ascendia el valor del quinto para compeler á su inversion, y siendo el inventario el único medio para acreditarlo, pareceria correspondia á la justicia la facultad de formarlo por ser consiguiente de que al que se le autoriza para hacer alguna cosa, se entiende concederle usar de aquellos medios que son indispensables para su ejecucion, á no ser que tanto la ley de Toro como la pragmática hayan querido dejar á la conciencia y probidad de los herederos la formacion del inventario, por lo que no fijo mi dictamen, y el lector elegirá en este punto el que le parezca mas conforme.

16 El tiempo que por esta ley se señala á los herederos colaterales para invertir el quinto de los bienes en beneficio del alma es el de un año preciso, que debe empezar á contarse desde la muerte del testador, segun está dispuesto en la ley 6.ª, tít. 10, partida 6.ª, que corrige la disposicion del cap 3.º *de testamentis*, en el que se ordena que el año que se da á los ejecutores para cumplir la voluntad de los testadores habia de empezar á correr desde el dia que los interpelaba el juez para cumplir lo ordenado por el testador, de que se

infiere que la presente ley reputó y consideró como ejecutores á los herederos en este caso.

17 Pasado dicho término ó plazo, ordena la ley que la justicia secular compela á los herederos á hacer la referida inversion, y declara que pueda procéder para ello de oficio, ó bien á instancia de parte, que lo podrá ser cualquiera del pueblo.

18 En este punto tambien es la presente ley correctoria de la 7.ª, tít. 10, partida 6.ª, que concede á los obispos la facultad de compeler á los testamentarios al cumplimiento de lo mandado por los testadores, en lo que parece que la ley de partida se conformaba y seguía lo que habia ordenado el emperador Leon en la ley 28, C. *de episcopis et clericis*, y se hallaba confirmado en el citado cap. 3.º *de testamentis.*

19 Podrá dudarse si en el caso de que no haya parientes que vengan á heredar abintestato, deberá invertirse, no solo el quinto sino todo el resto de la herencia del testador en obras pias á beneficio de su alma, como se dispone en la ley 32 de Toro, ó deberán suceder los herederos estraños que por las leyes vienen á suceder abintestato en defecto de parientes; y debe decirse que estos, con esclusion de las obras pias, han de ser preferidos en la sucesion de la herencia, sin que sea obstáculo la disposicion de la ley 32, porque aquella habla del caso en que el que dió el poder murió testado, por haber hecho testamento por él, y dispuesto de todos sus bienes el comisario, y en el caso de la ley presente, el que dió el poder no hizo testamento, ni tampoco el comisario, por lo que se verificó que murió absolutamente abintestato, en cuyo caso por la ley 6.ª, tít. 13, partida 6.ª, es llamada la muger á la herencia de su marido, y en defecto de esta el fisco; y últimamente, por la ley 12, tít. 8.º, lib. 5.º, de la Recopilacion el fisco escluye á la muger del finado en la sucesion abintestato.

20 Corresponde tener presente que en caso que suceda la muger ó el fisco, estarán obligados igualmente á invertir el quinto de la herencia en beneficio del alma del testador, por no deberse reputar de mejor condicion y derecho que cuando los herederos son colaterales.

21 Es duda curiosa y sutil, no tratada por ninguno de los comentadores que he tenido á la vista, si siempre que cualquiera muere intestado por no haber hecho testamento por sí, ni dado comision para que otro lo hiciese por él, estarán obligados los parientes colaterales ó los que vengan á heredarlos á invertir el quinto de la herencia en obras pias: la razon de dudar se funda en que el que da poder á otro para que haga testamento por él, manifiesta su voluntad de que disponga del quinto de sus bienes en beneficio de su alma, como lo declara la ley 32 y la presente, y así se deduce lo mismo de la 37, lo que no sucede cuando el que murió intestado no hizo testamento ni quiso que otro lo hiciese por él, cuya diferencia me inclina á que la disposicion de esta ley en cuanto á la obligacion que se les impone á los herederos colaterales debe limitarse al caso de que habla, que es cuando el testador dió facultad al comisario para que otorgase testamento por él, y este no lo hizo, sin deber estenderse al caso de la duda propuesta.

Ley XXXVII de Toro; es la 11, tít. 4.º lib. 5.º de la Recopilacion.

Cuando el testador nombrara, ó señaladamente fizo heredero é fecho dió poder á otro, que acabase por el su testamento, el tal commisario no pueda mandar despues de mandadas las deudas y cargos de servicios del testador, mas de la quinta parte de sus bienes del testador y si mas mandare, que no vala salvo si el testador especialmente le dió el poder para mas.

COMENTARIO

á la Ley 37 de Toro.

1 Dispone la presente ley que cuando el testador espresamente nombró heredero, y dió poder á otro para que continuase por él su testamento, no pueda el comisario disponer de mas que de la quinta parte que quedase de los bienes del testador despues de satisfechas sus deudas y obligaciones, y si de mas cantidad dispusiese, que no valga, á no ser que el testador espresa y especialmente le diese facultad para disponer de mayor cantidad.

2 Se limita por esta ley la facultad que se concede al comisario cuando el testador espresamente ha nombrado heredero á que solo pueda disponer del quinto de sus bienes despues de satisfechas las cargas y obligaciones del mismo, lo que se debe en-

tender tanto en el caso en que el heredero sea de la línea de los descendientes ó ascendientes, como de los colaterales, pues no distinguiendo la ley, debe entenderse generalmente su resolucion, y comprueba de unos y otros, como queda manifestado en el Comentario á la ley 32.

3 Tampoco se deduce por una consecuencia legítima de la escepcion que propone esta ley no valga de que el comisario pueda estenderse á disponer de mayor cantidad que la del quinto, si el testador le dió facultad para ello, que el heredero de que habla la ley era de los parientes colaterales, que son herederos voluntarios, y no necesarios, á causa de que el hijo ó nieto pueda disponer del tercio de sus bienes cuando carece de descendientes legítimos y tiene ascendientes, y de consiguiente puede dar facultad al comisario para que disponga de mas del quinto de sus bienes, ó íntegramente del valor de todo el tercio; de que se convence no es absolutamente cierto que la escepcion que propone la ley se haya de entender precisamente del heredero voluntario, bien sea colateral ó estraño.

4 Aun se persuade esto mismo con un argumento á mi parecer concluyente, reducido á que no tiene menos facultad el testador para disponer del quinto de sus bienes teniendo descendientes legítimos, ó del tercio siendo los herederos de la línea de los ascendientes, que para esceder del quinto y tercio cuando los herederos son colaterales ó voluntarios, es asi que en este caso, segun el sentido é inteligencia que comunmente se da á la ley, puede dar facultad al comisario para que disponga de mayor cantidad que la que monte el tercio y quinto de sus bienes, con que por igual razon es forzoso decir que en los otros dos casos ha de poder dar facultad el testador al comisario para que disponga en el uno de todo el quinto y en el otro de todo el tercio de sus bienes en obras pias á beneficio de su alma.

5 Debe advertirse aqui que por esta ley queda derogada la disposicion del derecho civil, confirmada por el real en la ley 3.ª, tít. 1.º, partida 6.ª, que ordena que el testamento se haya de hacer en un solo acto continuado, y sin interrupcion, pues en virtud de la presente ley puede el testador principiar su testamento, y dar poder al comisario para que lo continúe y acabe por él.

6 Es duda en esta ley si no continuando el comisario el texto que principió el testador, deberá el heredero invertir el quinto de los bienes en obras pias en beneficio del alma del finado, y parece que debia afirmarse, siendo el heredero colateral ó estraño, por estar decidido en la ley 36, que cuando los parientes colaterales heredan los bienes del finado por no haber otorgado el testamento el comisario, esten obligados los herederos á disponer de la quinta parte de los bienes por el alma del testador.

7 Contra esto acaso se dirá que la ley 36 habla del caso en que el testador ó el que dió el poder murió abintestato por no haber hecho uso de él el comisario, y en la ley presente el testador no solo hizo testamento, sino que nombró heredero, y no es correspondiente y arreglado que lo dispuesto para el caso de un intestado se entienda y aplique al de que el testador hizo su testamento; pero sin embargo puede decirse que aunque el que dió el poder murió testado en cuanto al nombramiento de heredero, no sucedió lo mismo en la parte que dió facultad al comisario para disponer, cuya facultad se supone y declara por la ley 32 y 36 que era para invertir el quinto de sus bienes en beneficio de su alma, y como el comisario no hizo uso de ella, el que dió el poder murió intestado en esta parte, y en tal caso nada tiene de estraño é irregular, antes parece bastante conforme y arreglado se aplique á este caso lo dispuesto por la ley 36. El lector elegirá la opinion que le parezca mas fundada.

Ley XXXVIII de Toro; es la 12, tít. 4.º lib. 5.º de la Recopilacion.

Cuando el testador dejare dos, ó mas comisarios, si alguno ó algunos de ellos requeridos no quisieren, ó no pudieren usar del dicho poder ó se murieren, el poder quede por entero al otro, ó otros que quisieren é pudieren usar del dicho poder; y en caso que los tales commisarios discordaren, cúmplase y ejecútese lo que mandare y declarare la mayor parte de ellos; y en caso que no haya mayor parte, y fueren discordes, sean obligados á tomar por tercero al corregidor, ó asistente, ó gobernador, ó al alcalde mayor del lugar donde fuere el testador; y sino oviere corregidor, ni asistente, ni gobernador ni alcalde mayor, que to-

men al alcalde ordinario del dicho lugar por tercero; y si muchos alcaldes ordinarios oviere y no se concertaren los dicho commisarios cual sea, en tal caso echen suertes, y el alcalde á quien cupiere la suerte se junte con ellos é lo que la major parte declarare ó mandare, que aquello se guarde y ejecute.

COMENTARIO

á la ley 38 *de Toro.*

1 Dispone la presente ley que cuando el testador dejare dos ó mas comisarios, si alguno de ellos requerido no quisiere ó no pudiere usar del poder, este quede por entero al otro ú otros que quisieren usar de él, y caso que discordaren se cumpla y ejecute lo que mandare la mayor parte, y si habiendo discordado no hubiere mayor parte, esten obligados á tomar por tercero al corregidor, ó asistente, ó gobernador, ó alcalde mayor del lugar de donde era el testador; y si no hubiere ninguna de dichas personas, tomen por tercero al alcalde ordinario de dicho lugar, y si muchos alcaldes hubiere, elijan los comisarios al que les pareciere, y sino se convinieren en la eleccion echen suerte, y el alcalde á quien tocare se junte con ellos, y se guarde y ejecute lo que la mayor parte declare y mandare.

2 La disposicion de esta ley está concebida con tanta especificacion, individualizando los casos que pueden ocurrir en la materia, que apenas deja lugar para hacer unas breves observaciones ó advertencias: la primera es que en virtud de ella se verifica lo que antes jamás se habia visto, á saber, de que muchos comisarios otorguen y dispongan un solo testamento, como lo observa Tello al número 1.º de su Comentario, pues aunque estaba permitido por derecho que muchos á la vez pudiesen en una carta, haciendo cada uno su particular testamento, no se conocia que muchos testadores pudieran otorgar un solo y mismo testamento.

3 Tambien debe observarse que el requerimiento que ordena la ley que un comisario puede hacer á otro en caso de omision, no es ni se dirige á que empiece á correr el tiempo señalado por la ley para que se otorgue el testamento, pues como se ha dicho en la ley 33, este término ó tiempo corre aun contra el que ignora la comision, sino para privar al moroso ó negligente de la facultad que le dió el testador, y trasferirla ó reunirla en el diligente, á fin de que pueda otorgar el testamento dentro del término señalado, como tambien asi lo observa Tello al número 2.º

4 Debe advertirse igualmente que el sorteo ó juicio de suerte que ordena la ley se haga cuando los comisarios discordaren en la eleccion del alcalde ordinario, no debe tener lugar sino en aquellos casos que se espresan en las leyes, ó en los que milita igual ó mayor razon, como afirma Gomez en el tomo 2.º, cap. 10 desus varias número 10, á quien sigue Acevedo en la ley 2.ª, tít. 1.º, lib. 2.º de la Recopilacion, caso 113, quien advierte igualmente en la ley 12, tít. 4.º, lib. 5.º de la Recopilacion, número 4.º, que el juicio de suerte solo puede admitirse en las cuestiones de hecho, pero nunca en las de derecho.

Ley XXXIX de Toro; es la 13, *tít.* 4.º *lib.* 5.º *de la Recopilacion.*

En el poder que se diere al commisario para hacer todo lo susodicho ó parte de ello intervenga la solemnidad del escribano, y testigos, que segun leyes de nuestros reynos ha de intervenir en los testamentos; y de otra manera no valan, ni hagan fee los dichos poderes.

COMENTARIO

á la ley 39 *de Toro.*

1 Dispone la presente ley que en el poder que se da al comisario para hacer testamento en la forma espresada, haya de intervenir la misma solemnidad de escritura y testigos que ha de observarse en los testamentos, segun leyes de estos reinos, y que de otra manera no valgan ni hagan fé los poderes.

2 Sean cual se quiera las causas que motivaron el número de testigos en los testamentos, de que no corresponde tratar en esta ley, las mismas militan en el otorgamiento de poderes para testar, pues aunque estos poderes en realidad no sean testamento ni última voluntad, sino una disposicion entre vivos, como observa Gomez, sin embargo, como los poderes son un antecedente necesario del testamento que despues se ha de otorgar, y de quien recibe este toda virtud y eficacia que ha de tener, era

consiguiente que la misma solemnidad que intervenia en el efecto se mandase observar en la causa.

3 De la disposicion de esta ley infiere Gomez que si el comisario otorga el testamento nuncupativo, deberá haber recibido los poderes con la solemnidad del testamento nuncupativo, y lo mismo afirma deberá decirse si el comisario testó *in scriptis*, de cuyo principio parece que se deduce opina Gomez que la solemnidad que se observó en los poderes es la que se ha de regular en la del testamento otorgado por el comisario, y siendo esto asi en la duda de si habiéndose dado los poderes con la solemnidad del testamento *in scriptis*, deberá otorgar el comisario el testamento con la misma solemnidad, ó bastará que intervenga la del testamento nuncupativo, parece debe decirse que no bastará la solemnidad del testamento nuncupativo.

4 Matienzo en la glosa 1.ª á esta ley opina lo contrario, y da por razon que el testamento *in scriptis* puede revocarse por el nuncupativo, de que infiere que el testamento otorgado con menor número de testigos revoca al que se ha hecho con mayor, de cuya ilacion nada se prueba contra la opinion establecida, á no ser que el testamento otorgado por el comisario se tenga por revocacion de los poderes que se le han conferido para hacerlo, en lo que se cometeria el absurdo mas enorme y vergonzosa contradiccion pretendiendo que el acto ejecutado en virtud de un poder es destructivo y revocatorio del mismo poder.

5 Mas fundada parece la duda de si habiéndose dado los poderes con cinco testigos, por hallarse escribano, deberá el comisario otorgar el testamento con la misma solemnidad, y debe decirse que no, á causa que los dos testigos, á mas de los tres, son para suplir la falta del escribano, de que se infiere que lo mismo son cinco sin escribano que tres con él, y de consiguiente aunque el testamento se otorgue con tres escribanos, se verificará que ha intervenido la misma solemnidad que en los poderes, y vice versa debe decirse otro tanto cuando el poder se dió con escribanos y testigos, y el testamento se otorgó con cinco testigos sin escribano.

6 De lo resuelto en esta duda se deduce lo que debe decirse en otra que puede llamarse nueva, á causa de que ninguno de los comentadores que he visto se hace cargo de ella, y es cuando el que otorga el poder para testar está ciego, porque siendo indispensable por la ley 3.ª de Toro que intervengan cinco testigos para que el ciego pueda hacer testamento nuncupativo, es consiguiente por lo establecido en esta ley de que la misma solemnidad que interviene en el testamento, haya de intervenir en el otorgamiento de poderes, que supuesto que el ciego no puede testar si no intervienen cinco testigos, que este mismo número haya de presenciar el otorgamiento de los poderes, en este caso resalta la duda de si el comisario deberá otorgar el testamento con el número de cinco testigos, ó bastará que intervengan tres y el escribano, y soy de parecer que el comisario debe otorgar el testamento precisamente con el número de cinco testigos, sin que basten tres y el escribano, porque la ley espresamente pide en el testamento de ciego cinco testigos, y no declara que la presencia del escribano equivalga y supla la de dos testigos, como sucede en el caso de que no haya escribano en el pueblo donde se ha de otorgar el testamento por uno que no esté ciego, que entonces espresa la ley 1.ª, tít. 4.º, lib. 5.º de la Recopilacion, que la falta de escribano se supla con la presencia de dos testigos mas.

7 No se diga que en el testamento del comisario falta la razon por la cual en el del ciego se exige el número de cinco testigos, pues aunque esto es cierto, tambien lo es que el testamento que hizo el comisario es y se llama propiamente testamento del que le dió el poder, y como este era ciego deben intervenir en él las solemnidades peculiares del testamento del ciego.

8 Tambien podria ocurrir el caso de que despues de haber recibido los poderes el comisario perdiese la vista, y entonces correspondia, á mi parecer, decir que bastaba se otorgase el testamento con la misma solemnidad que intervino en los poderes, y es la razon porque aunque el testamento lo hacia un ciego, en realidad no era testamento de ciego.

9 Estas dos últimas resoluciones, si carecen del mérito de la solidez, tienen el de ser originales, por no haberlas tratado los comentadores.

Ley XL de Toro; es la 5.ª, tit. 7.º, libro 5.º de la Recopilacion.

En la subcesion del mayoradgo aunque el hijo mayor muera en vida del tenedor del mayoradgo ó de aquel á quien pertenesce, si el tal hijo mayor dejare hijo ó nieto ó descendiente legítimo, estos tales descendientes del hijo mayor por su órden prefieran al hijo segundo del dicho tenedor, ó de aquel á quien el dicho mayoradgo pertenesció. Lo cual no solamente mandamos que se guarde é platique en la subcesion del mayoradgo á los descendientes, pero aun en la subcesion de los mayoradgos á los transversales. De manera que siempre el fijo é sus descendientes legítimos por su órden, representan la persona de sus padres, aunque sus padres no hayan subcedido en los dichos mayoradgos, salvo si otra cosa estuviere dispuesta por el que primeramente constituyó é ordenó el mayoradgo que en tal caso mandamos que se guarde la voluntad del que lo instituyó.

COMENTARIO

á la Ley 40 *de Toro.*

1 Dispone la presente ley que si el hijo mayor del poseedor del mayorazgo, ó de aquel á quien pertenece la sucesion, muriese dejando hijos, ó nietos, ó descendientes legítimos, estos hijos, nietos ó descendientes del hijo mayor sean preferidos al hijo segundo del poseedor ó de aquel á quien pertenece el mayorazgo por su órden, lo cual se ha de observar, no solo en la sucesion de los descendientes, sino tambien en la de los transversales, de forma que siempre los hijos y sus descendientes legítimos por su órden representen la persona de sus padres, aunque estos no hayan sucedido en los mayorazgos, á no ser que otra cosa se disponga por el fundador, que en tal caso debe guardarse y cumplirse su voluntad.

2 Por esta ley se decidió la famosa cuestion de tio y sobrino, que tanto trabajó los ingenios de nuestros jurisconsultos y de los estrangeros, sobre cuál de los dos debia ser preferido en la sucesion de los mayorazgos de los particulares, y se vé claro la preferencia á favor del sobrino en representacion de su padre.

3 Como esta ley es la 1.ª de las de Toro que hacen mencion de los mayorazgos, ó qué espresamente habla de ellos, exige el buen órden manifieste antes la naturaleza de los mayorazgos, su antigüedad en España, y aun podria ser este lugar oportuno para tratar de su utilidad, si no me apartára del intento el temor de hacer demasiado estenso este Comentario.

4 El señor Molina, que magistralmente trató la materia de mayorazgos en su célebre obra *de primogenitis*, se propone dar su definicion, y dice en el libro 1.º, capítulo 1.º, número 22, que el mayorazgo es el derecho de suceder en los bienes dejados con condicion de que se conserven perpetuamente íntegros en la familia, y que se difieran por órden sucesivo al primogénito próximo.

5 Poco satisfecho el señor obispo Simancas de la definicion propuesta por el señor Molina, pasa á criticarla en el capítulo 7.º y 8.º de su libro *disceptationum*, y duda que el mayorazgo sea en realidad derecho, y que se difiera por órden sucesivo.

6 En cuanto á esta última duda observa que el órden ha de ser el establecido por el fundador, con lo que da á entender que el órden establecido por este no es sucesivo, en lo que manifiestamente se engaña, pues siempre que despues de uno entre á suceder ótro, se dice con toda propiedad que van por órden sucesivo, sin consideracion á la causa que establece la sucesion; pues bien sea la ley ó el fundador, siempre se verifica que los llamados se substituyen por órden sucesivo, y asi se vé que los papas se llaman respectivamente sucesores, sin embargo de que su eleccion no proviene de la ley, sino de la libre voluntad de los cardenales; con que en esta parte la definicion del señor Molina no solo no es defectuosa, sino la mas arreglada y propia para comprender tanto la sucesion que proviene de la disposicion de la ley, como la del fundador.

7 Por lo que hace á la primera duda para probar que el mayorazgo no es ni se puede llamar derecho, alega que el reino es mayorazgo, y sin embargo no se dice que es derecho; que hay notable diferencia entre la cosa y el derecho á ella; con que afirmando el señor Molina que el reino es verdadero mayorazgo, se sigue por una consecuencia necesaria que el mayorazgo no es derecho de suceder.

8 A esto se añade que si el mayorazgo fuera derecho seria incorporal, y no se podria tocar ni poseer, y con todo las leyes llaman poseedores á los que tienen bienes de mayorazgo, y el mismo señor Molina repetidas veces los llama tambien poseedores.

9 Si uno tuviera todos los bienes de un mayorazgo, y otro el derecho de suceder, seguramente se diria que aquel tenia el mayorazgo que poseia todos sus bienes, y no el que tenia el derecho de suceder.

10 Finalmente dice que el derecho de suceder no es otra cosa que derecho para suceder y conseguir lo que no se tiene: y asi si en virtud de aquel derecho se sucede, ya no se diria que tenia derecho de suceder sino la sucesion misma, á la manera que el que admite la herencia hace que se estinga el nombre de herencia, y que se llame patrimonio del que la admitió; de esta manera, pues, el que consigue la posesion de un mayorazgo por el mismo hecho se diria que no lo tenia, porque se habia estinguido el derecho de suceder, lo que afirma que ciertamente seria un prodigio; con lo que concluye que basta lo dicho en una cuestion de tan poca importancia.

11 Aunque es de tan poca importancia la presente cuestion, aun son de menos importancia las razones con que se intenta impugnar.

12 Todas estas reflexiones que hace el señor obispo son mas propias de un teólogo que de un sabio jurisconsulto perfectamente instruido en el derecho divino y humano, cual nos lo supone el señor Covarrubias en el lib. 2.º, capít. 8.º de sus varias resoluciones, y para persuadir su poca solidez basta proponer la definicion, que tanto las leyes, como los jurisconsultos dan á la herencia, la que dicen es la sucesion en todo el derecho que tuvo el difunto.

13 Tratando de esta definicion Cujacio en la ley 24, ff. *de verb. signif.*, dice que es permitido mudar las palabras ó voces en las definiciones con tal que se conserve la substancia de la cosa, y usando de esta licencia pasa á definir la herencia diciendo que es el derecho de toda la sucesion, y afirma que herencia es nombre de derecho, que no significa cuerpo, y que se percibe con el entendimiento, y no con los sentidos, porque es incorporal, y asegura que entre los jurisconsultos casi todas las voces denotan derecho, y no cuerpo, y consiguiente á esta costumbre la dote se llama derecho de tal, y la obligacion lo mismo, aunque en virtud de lo que se debe sea cuerpo.

14 Continuando el mismo asunto pretende que asi como el usufructo se llama derecho de usar y gozar, que equivale á derecho de percibir, del mismo modo la herencia es derecho universal de la sucesion, y por ser derecho universal ni se puede dividir, segun la ley 8.ª al fin, ff. *de rer. ven.*, ni adquirir por usucapion, porque es incorporal, y por esta causa no se puede poseer, y por consiguiente no tiene lugar la usucapion, porque lo que no se posee no se puede adquirir por ella. Hasta aqui Cujacio.

15 De esta doctrina se convence el juicio y tino con que procedió el señor Molina á formar y proponer la definicion del mayorazgo, diciendo que era derecho de suceder, ó lo que es lo mismo, segun Cujácio, derecho de sucesion, porque si la herencia, que en realidad es un conjunto de bienes, se llama derecho en sentido legal, y á la dote y peculio, que tambien son bienes acumulados, se les da el mismo nombre, como lo afirma Cujacio, no parece hay razon para estrañar ni para criticar como un absurdo el que el mayorazgo, que es un conjunto y cúmulo de bienes, se le dé y atribuya el mismo nombre genérico de derecho.

16 Bastaba la doctrina referida de Cujacio en punto á la definicion de la herencia para persuadirse cualquiera de la razon que asistió al señor Molina para llamar derecho al mayorazgo, y la ninguna que tuvo el señor Simancas para impugnarlo en este punto; pero para remover toda duda me haré cargo de cada uno de los inconvenientes ó reparos que propone el señor obispo.

17 El que el mayorazgo se diga que es derecho nada impide que el reino en concepto de mayorazgo se llame derecho, porque el mayorazgo se llama derecho en concepto intelectual.

18 Tampoco se opone el que la cosa sea distinta del derecho á ella, porque la herencia es derecho en el sentido esplicado, y no impide el que se distinga de las cosas y bienes hereditarios. Igualmente no envuelve ninguna contradiccion el que el mayorazgo sea incorporal, ni se pueda tocar ni poseer por ser derecho, y que al mismo tiempo llamen las leyes poseedores á los que

tienen los bienes de mayorazgo, como sucede que en la herencia, que sin embargo de ser derecho, y de consiguiente incorporal, y no poderse tocar las cosas hereditarias, se tocan y poseen, y los que las tienen se llaman poseedores.

19 Finalmente, no es cierto el último inconveniente que propone, pretendiendo que el derecho de suceder no es otra cosa que derecho para suceder y conseguir lo que no se tiene; de que infiere como una cosa necesaria que el que sucede en virtud de aquel derecho, ya no tendrá el derecho de suceder, sino la sucesion misma, á la manera que el que acepta la herencia hace que se estinga, y en adelante ya no se diga herencia, sino patrimonio del que la aceptó. De que concluye que el que consigue la posesion de un mayorazgo por el mismo hecho se debe decir que no lo tiene, porque se estinguió el derecho de suceder. He dicho que no es cierto que el derecho de suceder, ya quiera decirse que es derecho para suceder, sea en realidad para adquirir una cosa que no se tiene, y que este derecho se estinga y consuma por la adquisicion de ella; antes bien, el derecho que era para adquirir se conserva y perfecciona por la adquisicion misma, como entre otros ejemplos se evidencia por la servidumbre del usufructo, que es derecho de usar y gozar de la cosa agena, y este derecho no se destruye ni se pierde por el uso de ella, antes bien se conserva y perfecciona, pues de lo contrario se habria de decir que en el momento que el usufructuario gozaba del usufructo lo perdia, lo que seguramente era un manifiesto absurdo.

20 Ni es cierto que por el hecho de admitir la herencia se estinga esta y se haga patrimonio del que la admitió, porque, como se ha dicho, la herencia es derecho que intelectualmente se percibe, y este nunca pasa á ser patrimonio del que admitió la herencia.

21 Esta equivocacion nace de que se confunde la herencia con los bienes hereditarios, que son cosas muy diferentes y diversas: la herencia es derecho, y de consiguiente es incorporal, indivisible, y que no se puede materialmente poseer; y las cosas hereditarias son todo lo contrario, corporales, divisibles, y capaces de poseerse.

22 Estos dos conceptos que tiene la herencia se encuentran tambien en el mayorazgo, y por lo tanto debe distinguirse de las cosas comprendidas en él, y por no haber advertido esta variedad de conceptos el señor Simancas ha confundido las cualidades propias del derecho que resulta del mayorazgo, con las que son peculiares de los bienes y cosas de que se compone.

23 Puede servir de ejemplo para mayor claridad de este punto lo que sucede con la prenda, que se puede considerar con dos respectos; uno por la cosa misma que se da en prendas, como sucede en el §. 7.º, *Inst. de actionibus*, y el otro por el derecho real que el acreedor adquiere en la cosa dada, como se convence de las leyes de los títulos del ff. y del C. *qui pot. ni pig.* Así, pues, el mayorazgo debe mirarse con dos respectos, el uno de las cosas comprendidas en él, y el otro del derecho que adquiere en ellas el llamado por el fundador. Estos mismos dos respectos se encuentran tambien en la herencia, y las leyes y los jurisconsultos han querido mas definirla por el concepto del derecho que nace de ella, que por el material de las cosas de que se compone.

24 Siguiendo este método que siguen las leyes y jurisconsultos, el señor Molina ha querido definir el mayorazgo por el concepto del derecho que de él se origina, y no por el de los bienes de que se constituye.

25 Pasando á señalar y fijar la época en que principiaron á introducirse los mayorazgos en España, se hace indispensable indicar de paso que la introduccion de los mayorazgos se hizo á imitacion de los fideicomisos de los romanos ó de los feudos de la posterior edad, aunque en realidad los mayorazgos ni son fideicomisos ni feudos, como sabiamente lo advierte el señor Molina en el lib. 1.º, cap. 1.º de su obra de primogénitos, notando la diferencia que hay entre estos tres establecimientos.

26 Es constante que los feudos fueron desconocidos de los romanos, y que no tuvieron principio hasta la ruina de su imperio.

27 No admite la menor duda que los feudos se introdujeron tambien en España como en las demas provincias de la Europa, entendiéndose principalmente de aquellos feudos que consistian en concesiones de lugares que hacian nuestros Soberanos á los ricos homes ó caballeros con dignidad y jurisdiccion, como lo reconoce el señor Mo-

lina en el cap. 13 del lib. 1.º, número 47 y 61, y lo confirman algunas de nuestras leyes, especialmente la 2.ª, tít. 26, partida 4.ª, y lo acreditan los historiadores con testimonios sacados de las crónicas de nuestros Reyes.

28 La citada ley de partida espresamente llama feudos á las concesiones de los Reyes que hacian de lugares á los ricos homes ó caballeros, dándoles título de dignidad y jurisdiccion, con la obligacion de servir en caso de guerra con cierto número de soldados, ó hacer otro cualquier servicio que se hubiese pactado.

29 Aunque esta misma ley no llama feudos á otras dos especies de concesiones que hacian los Reyes de lugares á los ricos homes y caballeros, y de que habla cómo eran las concesiones en tierra ó en honor, en las que no se pactaba espresamente ningun servicio, sino que se entendia que segun fuero de España le debian servir lealmente, sin embargo estas concesiones en realidad eran propiamente feudos, y participaban de su naturaleza.

30 Ambrosio de Morales en el tomo 2.º de sus opúsculos, al folio 62 de la impresion de 1793, tratando de esta especie de concesiones de lugares que nuestros Reyes hacian á los ricos homes, nota y propone la diferencia que habia entre conceder los lugares en heredad ó en tierra, y dice que cuando se concedian en heredad lo adquiria el donatario con pleno señorío, en virtud del cual podia disponer de él en vida y en muerte á su voluntad, dándolo ó dejándolo á quien quisiere; pero cuando se los concedian para que los tuviesen en tierra era lo mismo que habérselo dado en tenencia con cargo de servirle en la guerra con la gente que correspondia á la renta que disfrutaban, y que muerto el donatario ó vasallo volvia la tierra á los Reyes, quienes podian darla á su voluntad.

31 Lo mismo afirma el citado autor que se observaba cuando los lugares se daban en honor, porque dice que tierra y honor todo era una misma cosa, ó se diferenciaban muy poco, y cita en comprobacion varios lugares de las crónicas del Rey don Alfonso el sabio, y de sus tres sucesores, en cuyo tiempo asegura regía esta práctica, y tambien hace mencion de la espresada ley de partida, que establece la diferencia que se observaba entre las concesiones que se hacian de tierra, honor y feudo; que en cuanto al servicio que habian de prestar al Soberano los agraciados consistia en que los que tenian tierra ú honor no hacian pacto espreso de algun servicio, sino que se entendia por fuero de España el servir lealmente, y cuando la concesion era en feudo se pactaba hacer servicio al Rey á costa del agraciado, ó con cierto número de hombres, ó en otra manera que se pactase.

32 Concerniente á este punto dice el marqués de Mondejar en las Memorias históricas del Rey don Alonso el sabio en el cap. 2.º del lib. 2.º, que nadie ignora que en España se llaman honores aquellos lugares que concedian sus Reyes en feudo de por vida á sus vasallos, y se refiere á Blancas, quien afirma que cualesquiera lugares que se asignaban á los ricos homes los tenian en feudo honorario, y así se llamaban honores, porque se daban en honor; este testimonio de Blancas se halla al folio 320 de sus Comentarios; tambien prueba el mismo intento con otro lugar de la historia del arzobispo don Rodrigo, y lo mismo repite Zurita al lib. 1.º, cap. 44 de sus Anales, donde afirma que los ricos homes por los feudos que tenian del Rey, que en Aragon se llamaban honores, estaban obligados á servirle si iba á la guerra, y permanecer en ella.

33 De lo dicho se convence que las concesiones que hacian los Reyes á los ricos homes, bien fuese en tierra, en honor ó en feudo, todas en realidad eran feudos, sin otra diferencia por la ley citada de partida, que en la concesion de tierra y honor el feudatario se obligaba implícita y generalmente á servir al Rey, y en la concesion de feudo estaba tenido espresa y particularmente á servir en la guerra con cierto número de hombres que se llamaban lanzas.

34 No solo se conocieron en España los feudos mayores de dignidad, título y jurisdiccion, concedidos por los Reyes, sino tambien los menores, si creemos al señor Molina, que al número 63 del citado capítulo 13, afirma que en Galicia apenas se encontrará algun noble que no sea fundatario de la iglesia de Santiago ó de otras de aquel reino, poseyendo lugares y castillos por derecho de feudo, y satisfaciendo cierta pension anual por razon de servicio.

35 No era igual en todas las provincias de España el modo de sucederen los

feudos, pues en la de Castilla y Leon en los feudos mayores ó reales la sucesion era temporal y limitada á la vida del feudatario, como se convence de los testimonios que refieren Morales y el marqués de Mondejar en los lugares citados: al contrario sucedia en Aragon, donde la sucesion era hereditaria, en términos que podia disponer del feudo el feudatario entre sus hijos y herederos, como se convence del testimonio de Zurita en el lugar citado.

36 En los feudos menores que provenian de reales concesiones sucedian los hijos, y tambien los nietos en su defecto; pero no pasaba de este grado la sucesion, sino que tornaba el feudo al señor que lo concedió, ó á sus herederos, segun la ley 6.ª, tít. 26, partida 4.ª, en lo que dicha ley corregia las disposiciones feudales, pues tanto en el tít. 1.º, ff. 4.º, de lib. 1.º de los feudos, como en el tít. 50 del lib. 2.º en los feudos sucedian los descendientes varones del feudatario, sin limitacion de grado *in infinitum*.

37 Aunque generalmente convienen los autores en que el establecimiento de los feudos fue posterior á la ruina del imperio romano, varían sin embargo acerca de los pueblos que los introdujeron primeramente en las provincias que habian sido del imperio, pretendiendo unos que los longobardos fueron los autores de los establecimientos feudales en Italia, y otros quieren hayan sido los francos cuando se establecieron en la Galia á principios del siglo V, cuya opinion la tengo por mas fundada, atendidas las razones con que la apoya Gonzalez Tellez en su Comentario al cap. 2.º *de feudis*; pero prescindiendo de la certeza de esta opinion, lo cierto es que cuando á instancias de los papas pasaron los francos á Italia en tiempo de Carlo Magno á reprimir la audacia y vejaciones con que oprimian los longobardos los pueblos de aquella provincia, introdujeron y llevaron consigo el uso de los principados y feudos, en los que, segun costumbre de su pais, no se admitia pluralidad de personas en la sucesion, sino que sucedia una sola, y era el primogénito de la familia por órden de primogenitura, de que dimanó, segun lo afirma el cardenal de Luca en el discurso 202, número 10 y 11 *de fideicommissis*, que aquellos feudos en que se observaba la sucesion individua de una sola persona, y que esta fuese el primogénito, se llamasen y dijesen feudos, segun derecho de los francos, para diferenciarse de los feudos de Italia, en donde eran divisibles entre todos los descendientes de un mismo grado, por lo que el mismo cardenal en el discurso 8.º *de feudis*, al número 6.º, establece y señala dos modos de suceder en los feudos, á saber, ó por derecho de los francos ó de los longobardos; en los primeros dice que siempre sucedia el primogénito con esclusion de los demas, porque eran de naturaleza individua, y en los segundos todos los que estaban en igual grado de parentesco.

38 Al principio continúa dicho cardenal diciendo en el citado discurso 202 *de fideicomisis*, que la costumbre de suceder por derecho de los francos se observaba únicamente en los reinos, principados y feudos, sin estenderla á los bienes privados ó particulares, sujetos á disposicion privada; pero con el transcurso del tiempo, y á imitacion de lo que se observaba en los reinos, principados y feudos, se empezó á introducir el mismo órden de suceder en los bienes particulares é indiferentes, bien fuese que este uso tuviese su orígen en la costumbre, ó en estatuto ó convenciones, por haber acreditado la esperiencia que por este medio y por la union de bienes en una persona se conservaba mejor la nobleza y lustre de las familias, y estas disposiciones privadas se hicieron, tanto por última voluntad, como por contrato entre vivos, usándose promiscuamente de las palabras, primogenituras y mayorazgos, ó primogénitos y mayores de edad.

39 En cuanto á la palabra mayorazgos es de sentir el referido autor que la llevaron á Italia los españoles en tiempo de don Alonso I de Aragon (debe decirse V) cuando espelieron á los franceses de los reinos de Sicilia y Nápoles, y como en España vulgarmente se usa mas de la palabra mayorazgo que de la de primogenitura, que es mas propia de los franceses, dice que quedó en Italia el uso promiscuo de estos dos vocablos, cuyo órden originario de suceder provenia del que se observaba en los reinos, principados, baronías ó feudos de dignidad, de naturaleza singular é individua, segun el comun sentir de los doctores italianos, españoles, franceses y alemanes, por reputar la herencia individua por lo mismo que derecho de primogenitura.

40 Me he detenido á manifestar el orígen de los feudos, y el diverso modo de

suceder en ellos, para que se venga en conocimiento de que asi como en los reinos y principados solo sucedia uno solo, y era el mayor, establecieron los francos que en los feudos se observase el mismo órden de suceder, escluyendo el primogénito á los demas hermanos, y prefiriéndose su línea á otras, como lo afirma el cardenal de Luca en la suma *de feudis*, número 10, y ya antes lo habia notado el señor Molina en el libro 1.°, capítulo 7.° *de primogenitis*, número 4.°: á imitacion, pues, de la práctica de suceder en los feudos, segun derecho de los francos, se introdujo la de vincular los particulares sus bienes, y hacerlos indivisibles, sucediendo en ellos el primogénito ó mayor de edad, de donde sin duda se derivó el nombre de mayorazgo.

41 De lo dicho se infiere que la primera idea de los mayorazgos no vino de los fideicomisos, como pretende Castro en sus discursos sobre las leyes, tomo 3.°, discurso 1.°, division 2.ª, número 9, sino de los feudos y del derecho de suceder, establecido en ellos por derecho de los francos, á imitacion del que se observaba en la sucesion de los reinos y principados; lo que se convence con mas claridad, si se reflexiona que el derecho romano que establece los fideicomisos dejó de observarse en Europa desde la irrupcion de los bárbaros, y permaneció en esta inobservancia hasta que en el siglo XII se renovó su estudio en las universidades de Pisa y Bolonia; sea ó no cierto el descubrimiento que se hizo en Amalfi de las pandectas en tiempo del Emperador Lotario II, y ya en el siglo VIII, segun la opinion que se ha referido del cardenal de Luca, los francos llevaron é introdujeron en Italia la práctica que observaban en su pais de que los feudos fuesen indivisibles, y se sucediesen ellos por derecho de primogenitura, y con preferencia de línea, cuya práctica ciertamente tuvo su orígen en el derecho de primogenitura que se observaba entre los francos en la sucesion ordinaria de los bienes patrimoniales.

42 Es, pues, mas que verosimil que los mayorazgos tomaron su orígen, no de los fideicomisos de los reinos, sino del modo de suceder que se observaba en los feudos segun el derecho de los francos; resta ahora averiguar el tiempo ó época en que se principiaron á usar en España.

43 El señor Rojas de Almansa en la disputacion 1.ª, cuestion 6.ª, número 16, afirma con referencia á Torre *de majoractibus*, que la primer época de ellos fue en el año de 1251; pero como esta asercion no se apoya con ningun testimonio positivo, mas debe tenerse como conjetura arbitraria que como una verdad.

44 El señor Molina en su prólogo de su obra de primogénitos al número 14 y siguientes asegura que la primer vez que se hace espresion de los mayorazgos en las crónicas de nuestros soberanos es en la del Rey don Juan el I, en cuya historia se refiere que se disputó en unas cortes del testamento de su padre don Enrique II, en el cual se encuentra la cláusula siguiente: "*pero todavia que las hayan por mayorazgo é finquen á su hijo mayor de cada uno de ellos, y si murieren sin hijos legítimos, que se tornen los bienes del que asi muriere á la corona real de nuestros reinos*" (la cual cláusula la refiere con notable alteracion el Castro en el lugar citado), sin embargo de que haya muchos documentos anteriores que persuaden se poseían por muchos nobles amplísimos patrimonios por derecho de mayorazgo ó primogenitura.

45 La misma opinion sigue el Castro en la division 4.ª del citado discurso, donde afirma que los mayorazgos son anteriores al reinado de Enrique II, á causa de que en su testamento habla de ellos, como de cosa conocida y de notoria antigüedad practicada en el reino; y congetura que los mayorazgos antiguos de que habla el testamento del Rey don Enrique eran mayorazgos grandes, con títulos de duques, condes, marqueses y otros semejantes, y que no podian tener aquella union de bienes, órden de primogenitura, y única sucesion que tanto hoy los caracteriza por no haber leyes en el reino que lo regulase; y de consiguiente opina que ninguna otra ley podia servir de mejor regulacion á estos mayorazgos que la que regulaba la sucesion del reino ó este gran mayorazgo de la monarquía, y supone que la sucesion del reino en tiempo de los Príncipes Godos era electiva, como lo afirma el señor Molina en el lib. 1.°, cap. 2.°, número 11, con que mal podria servir de regla para la sucesion de los mayorazgos.

46 Tanto el señor Molina en el capítulo próximamente citado, número 13, como el Castro, pretenden que la sucesion del reino, despues del famoso don Pelayo, siempre fue regulada segun el órden de primogenitura, en lo que padecen uno y otro an-

tor una conocida equivocacion, pues consta que hasta el Rey don Ordoño I, que entró á reinar en 850, siempre los soberanos subieron al trono por medio de la eleccion, como lo afirma y prueba el autor de las observaciones sobre la historia general de España del padre Mariana, en la impresion que se hizo de ella en Valencia, tomo IV, folio 437 y siguiente, y en el tomo V, folio 354.

47 Don Francisco Marina en el número 66 y folio 53 de su Ensayo Crítico se aparta de la opinion de Morales y del anotador de la historia de Mariana, pretendiendo que todavia despues del reinado de don Ramiro I fue electiva la corona de Castilla, sobre cuyo hecho alega unos testimonios que examinarán los curiosos, y acaso podrán entenderse de la proclamacion ó coronacion de los Reyes.

48 Mayor equivocacion que los autores arriba citados padeció el señor Molina en el libro 1.º, cap. 2.º, título *de primogenitis*, número 13, donde afirma que el reino de España despues de la instalacion del Rey don Pelayo, siempre se defirió ó trasmitió á los hijos primogénitos de los Reyes. Pero sea de esto lo que fuere, no puede ponerse en duda que por lo menos desde el Rey don Alonso VII el Emperador, dejó el reino de Castilla de ser electivo, haciéndose hereditario, fideicomisario, en virtud de lo cual se sucedió en él por órden de primogenitura.

49 Es cierto que posteriormente desde Ordoño I fue hereditaria la sucesion á la corona, pues consta que don Alonso el Grande su hijo distribuyó sus estados entre todos sus hijos, mandando que se sucediesen mútuamente entre sí; cuya disposicion llegó á los nietos de la herencia paterna, como lo observa el mismo autor al folio 438 del tomo IV, y aun posteriormente don Fernando el Grande, que reinó en 1030, siguió el mismo ejemplo de dividir el reino, y por último don Alonso VII de Leon y II de Castilla, que murió á mediados del siglo XII en 1157, distribuyó entre sus dos hijos don Sancho y don Fernando los reinos de Castilla y de Leon; y si posteriormente hasta el reinado de don Fernando el Santo se observó igual práctica de dividir los reinos entre los hijos del Rey difunto, mas parece debe atribuirse á que solo tuvieron un hijo varon, que á que hubiera una ley positiva que impidiera esta division.

50 El Rey san Fernando tuvo varios hijos varones, y sin embargo quiso que su primogénito don Alonso, con esclusion de los demas, sucediesen en la corona, á la que agregó los reinos de Córdoba y Sevilla, que habia conquistado.

51 Esta disposicion del santo Rey don Fernando, unida á la constante esperiencia de los males que se originaban de la division de los reinos entre los hijos, fue ciertamente la causa que impelió al Rey don Alonso el Sabio su hijo á establecer é insertar en su célebre obra de las siete partidas la ley 2.ª, tít. 15 de la partida 2.ª, en la que dispuso por regla fundamental de la sucesion al trono que el señorío del reino lo tuviese el hijo mayor solo despues de la muerte de su padre, y se funda entre otras cosas, en que esta práctica la usaron siempre en todas las tierras del mundo, do quiera que el señorío obieran por linage, é mayormente en España.

52 Por esta ley no solo se declaró individua ó indivisible la sucesion del reino, sino que se prefirió el primogénito á todos sus hermanos, y aun se ordenó que el varon fuese preferido á la hembra, y que esta tuviera preferencia á los parientes de otra línea, en lo que se ve establecida la regla elemental de la sucesion en los mayorazgos, á saber, la preferencia de línea, grado, sexo y edad, y por último se estableció por primera vez y sin ejemplar, ni en la jurisprudencia romana, ni en la que se observó por los godos, ni en los tiempos posteriores, el derecho de representacion en el hijo del padre primitivo difunto para suceder al abuelo en el reino, con esclusion de sus hijos, tios del nieto.

53 He dicho que este establecimiento se ordenó por primera vez, porque aunque los romanos conocieron el derecho de representacion, y tambien los godos, como se echa de ver en la ley 4.ª, tít. 5.º, lib. 4.º del fuero juzgo, este derecho de representacion era para que el de grado mas remoto concurriera con el de mas próximo á la sucesion, pero de ninguna manera se le concedia virtud y eficacia para que el de grado mas remoto escluyera del todo al de grado mas próximo, por lo que con razon observa Cujacio en el tít. 11 del lib. 2.º de los feudos que la particularidad de que la representacion escluya al mas próximo es una exorbitancia del vigor y fin de la representacion.

54 De lo que dejo espuesto se convence que el reino en tiempo de los godos fue electivo, y continuó en serlo tambien en tiempo de don Pelayo y de sus sucesores hasta don Ordoño I, que posteriormente se tuvo por hereditario ó patrimonial, y de consiguiente se reputó por divisible; y por último desde san Fernando, y mas particularmente desde su hijo don Alonso el Sabio, se consideró como indivisible, ó de naturaleza individua, y se declaró la sucesion á favor del primogénito, con la preferencia indicada de línea, grado, sexo y edad, cuyas cualidades se hallan reunidas en la sucesion de los mayorazgos.

55 De esta uniformidad que observa entre la sucesion de los mayorazgos y la del reino, dedujo é infirió el señor Molina que el reino es cabeza de todos los primogénitos de España, como que es verdadero mayorazgo, de donde se derivan todos los demas de los particulares, lib. 1.º cap. 2.º, número 16, y al 25 no duda afirmar que es mas que cierto que el modo y órden de instituir mayorazgos ha pasado de los Reyes á los súbditos. El señor Castillo en el libro 5.º, cap. 165, con referencia al señor Molina, afirma que entre el reino y los mayorazgos de España hay tan gande conformidad, que se puede asegurar por cosa cierta que los mayorazgos traen su orígen del reino, y que se debe guardar en ellos la misma forma de suceder que se observa en el reino.

56 El testamento del Rey don Jayme el Conquistador, y I de Aragon, otorgado en Mompeller á 26 de Agosto de 1272, presenta el testimonio mas convincente de esta verdad. Dispuso en él de sus estados, y dividiéndolos en dos reinos, unió en el primero los de Aragon, Valencia y condado de Barcelona ó Cataluña, con otras agregaciones menos principales, y nombró para suceder en estos reinos unidos á su hijo primogénito don Pedro: en el segundo agregó el reino de Mallorca, las islas de Menorca é Ibiza, con otros condados que espresa, y eligió para suceder en él á su hijo segundo don Jayme.

57 En los llamamientos y substituciones que hizo para arreglar la sucesion usa de los términos mas claros y espresivos para manifestar su voluntad, de que se habia de suceder en dichos reinos por la regla de una rigorosa agnacion; de forma que en el dia, despues de mas de quinientos años de práctica y ejercicio de fundar mayorazgos, no es dable añadir cosa alguna que aclare su disposicion. Establece que cada uno de los referidos reinos sea indivisible, y que suceda el hijo mayor y sus descendientes varones por línea recta legítima masculina; por cuya cláusula no solo escluye á los descendientes ilegitimos, sino que tambien por la espresion de que hayan de ser varones precave la duda que suscitan los autores mayorazguistas de si cuando el fundador llama á los descendientes por línea recta masculina deberá entenderse escluida la hembra, hija del último poseedor, y á mayor abundamiento escluye de la sucesion á las hembras y sus descendientes; y para en caso de faltar alguna de las líneas de los dos hijos substituye la del otro.

58 No se limitó la disposicion testamentaria del Rey don Jayme á solo establecer estos dos reinos, y prescribir las reglas con que en ellos habian de suceder cada uno de los hijos que dejaba nombrados, sino que se estendió á fundar dos vínculos ó mayorazgos de bienes particulares, comprendidos y existentes en los términos de los referidos reinos para otros dos hijos llamados don Jayme y don Pedro, que tuvo de doña Teresa Gil Bidaure, señalándoles á cada uno varias villas y castillos en que habian de suceder cada uno de ellos y sus respectivos descendientes; y repite las mismas cláusulas que habia dejado dispuestas para la sucesion de los reinos, y substituye las dos líneas de estos dos hijos mutuamente entre sí; y declara que si alguno de los descendientes tuviere hijo ó hijas legítimas, los hermanos que sucedan en la herencia los hayan de casar y dotar honradamente; y por último en defecto de las líneas de estos dos hijos, ordenó que sucediesen las de sus dos hijos don Pedro y don Jayme nombrados para suceder en los reinos, substituyendo tambien á estos las líneas de don Jayme y don Pedro; y en defecto de varones agnados de las líneas de sus cuatro hijos, llama á los descendientes de su hija mayor doña Violante, casada con el Rey de Castilla.

59 En vista de haber fundado el Rey don Jayme los vínculos para sus dos hijos menores con las mismas cláusulas y llamamientos con que ordenó y dispuso la sucesion de cada uno de los reinos, en que dividió sus estados entre sus dos hijos mayores, se hace á todas luces claro que los

mayorazgos traen su orígen y naturaleza de la sucesion del reino, no pudiéndose poner en duda que antes fue indivisible el reino, y se sucedió en él por órden de primogenitura, que los particulares estableciesen la indivisibilidad en sus bienes hereditarios, que era contrario á lo que disponian las leyes del fuero juzgo, las del real y de las partidas, y los otros fueros municipales, y aun por los de Aragon del tiempo del Rey don Jayme el I solo se permitia al padre vincular los bienes que dejaba al hijo hasta que este cumpliese los veinte años, segun el fuero 1.º *de rebus vinculatis*, que es del mismo soberano del año 1247.

60 Poco importa que los vínculos al principio ó hasta el tiempo del Rey don Enrique II de Castilla no se dijesen mayorazgos, y que este soberano fuese el primero que en la cláusula de su testamento los llama con este nombre, pues como hemos visto estos establecimientos desde el tiempo del Rey don Jayme de Aragon, que fue anterior un siglo entero al Rey don Enrique, tuvieron la naturaleza y cualidades que los mayorazgos del tiempo presente, sin faltarles aquella cualidad distintiva de dar la preferencia al hijo mayor, de que es constante trae su orígen y etimología la palabra mayorazgo.

61 Ni es absolutamente cierto que hasta el tiempo del Rey don Enrique II no se haga mencion en la historia de estos establecimientos con el nombre de mayorazgos.

62 Don Antonio Guevara, obispo de Mondoñedo, en la parte 1.ª de sus epístolas familiares, epístola de 12 de Diciembre de 1526, en que contesta á la pregunta que le hizo el conde Benavente don Alonso de Pimentel de quiénes fueron los caballeros de la órden de la Banda, y qué Príncipe la fundó, dice que el Rey don Alonso XI fundó la órden de la Banda estando en la ciudad de Burgos en la Era de 1368 (que equivale al año de 1330), y que cuatro años despues hallándose el Rey en Palencia reformó la regla que antes habia hecho, y con referencia á esta reforma, que asegura fue la regla mejor y mas caballerosa, refiere entre otros capítulos uno en que se espresan las cualidades que habian de tener los caballeros que habian de ser admitidos en ella, y se esplica en estos términos: en esta órden de la Banda no podian entrar los primogénitos de caballeros que tenian mayorazgos, sino los que eran hijos segundos ó terceros que no tenian patrimonios, porque la intencion del buen Rey don Alonso fue de honrar á los hijosdalgo de su corte que poco podian y poco tenian.

63 El Padre Mariana en el cap. 2.º del lib. 16 de la historia general de España, hablando de esta órden de la Banda, fundada por el Rey don Alonso XI, dice lo que sigue: no se recibia otrosí, en ella los mayorazgos de los caballeros y señores.

64 Aunque para asegurarme de si en los estatutos de la órden de la Banda se hacia espresa mencion de la palabra mayorazgos, he procurado y conseguido reconocer una copia manuscrita de dichos estatutos, y como en ella no haya encontrado el citado estatuto, me recelo con bastante funtamento que la cópia que he visto se sacó de la regla primera que formó el Rey en Burgos de la enunciada órden, y no de la reforma que hizo en ella él mismo cuatro años despues en la ciudad de Palencia, que es á la que se refiere, no siendo presumible que asi este autor como el Padre Mariana fraguasen una disposicion tan particular: confirma esta presuncion ó congetura el ver que hasta el diligente y exacto Garibay en el cap. 7.º del lib. 14 de su compendio historial de España, hace mencion de la disposicion del capítulo, aunque no usa de la espresion mayorazgos, sino de la de primogénito, estas son sus palabras (hablando de los caballeros de la Banda): "entre los demas estatutos tenian uno bien notable estableciente que ningun primogénito de grande señor la podia tener."

65 Aun cuando en el mencionado estatuto de la órden de la Banda no se hiciera espresa mencion de los mayorazgos, el hecho de no admitir en ella á los primogénitos de los grandes señores, por la causa que indica el obispo de Mondoñedo de que la voluntad del Rey fue honrar á los hijosdalgos de su corte, que poco podian y poco tenian, no se puede poner en duda que ya entonces eran, no solo conocidas las vinculaciones, ó mayorazgos en que sucedia el hijo mayor con esclusion de los demas, sino que era harto comun y frecuente esta especie de establecimientos, cuando llamó la atencion del Rey para escluir á los que habian de suceder en ellos de la nueva órden que acababa de fundar.

66 De lo dicho hasta aqui acerca del orígen y época en que empezaron á introducirse y conocerse los mayorazgos de Es-

paña se infiere que la sucesion de los feudos por derecho de los francos pudo dar alguna idea de los mayorazgos ó primogenituras en Italia ú otros paises de Europa; pero no en España, que en la época misma de empezarse á usar de las vinculaciones de bienes ó mayorazgos, observaba en la sucesion de los feudos la comun práctica ó costumbre que regía casi generalmente en toda Europa, de que sucediesen por iguales partes en los feudos menores los hijos varones del feudatario, como se ordena en la ley 6.ª, tít. 26, partida 4.ª, con la particularidad de que dicha ley limita la sucesion á solo los nietos, lo que era contrario á la costumbre que se guardaba en la sucesion de los feudos, que se estendia sin limitacion alguna á todos los descendientes varones, como se ve en el cap. 1.°, §. *hoc autem notandum* del tít. 1.° y 8.° de *feudis*, libro 1.°, y en los feudos mayores ó de dignidad, como reino, comarca ó condado, quiere la misma ley que la sucesion sea personal y vitalicia, á no ser que el Emperador, Rey ó señor que hubiese dado el feudo espresamente hubiese estendido la sucesion á los hijos y nietos del feudatario, cuya disposicion es el testimonio mas claro que se puede apetecer de que los mayorazgos de España no traen su orígen de la sucesion de los feudos, pues si en estos, aun siendo mayores ó de dignidad, era limitada la sucesion y no perpetua, mal podria serlo la de los feudos menores, ni introducirse á imitacion de ellos la sucesion ilimitada y perpetua que se observa en los mayorazgos, pues primero era que en los feudos de España sucediese el primogénito, y sus descendientes perpetuamente por órden sucesivo, para poder decir que á imitacion de los feudos se observaba en los mayorazgos el mismo órden de suceder.

67 El silencio que guardan las leyes de partida en cuanto al modo y forma con que se habian de estender las escrituras ó cartas de fundaciones de mayorazgos, es un indicio harto fundado, como observa el señor Molina en la prefacion ó prólogo de su obra de *primogenitis* núm. 21, y en el lib. 1.°, cap. 2.°, núm. 19 y 20 de dicha obra, de que hasta el año de 1263, en que se concluyó la obra de las siete partidas, no se conocieron en España, especialmente en los reinos de Castilla y Leon, los mayorazgos, pues habiéndose hecho en las leyes de partida tan menuda y particular espresion de todas las especies de escrituras ó instrumentos que deberian otorgarse entre las partes para acreditar sus verdaderos derechos, de que ofrece el mas convincente testimonio el tít. 18 de la partida 3.ª, no se hace creible que se hubiese omitido la fórmula de fundaciones de mayorazgos, como no se omitió la escritura de otorgamiento de feudos que se halla en la ley 68 del espresado título, sin embargo de que opinan algunos que los feudos no se conocieron en España, y que las leyes que hablan de ellos se hicieron á prevencion para cuando los hubiese.

68 Es, pues, fuera de toda duda que los mayorazgos no se conocieron en España antes de la formacion de la ley de partida, y que su orígen lo han tenido en la época intermedia de la conclusion de estas y publicacion del testamento del Rey don Jayme, que se verificó en 1276, en que acaeció su muerte, de cuyos hechos es necesario concluir que el primer testimonio positivo que se halla en nuestras historias de fundacion de mayorazgo de bienes particulares es del Rey don Jayme, y que posteriormente á esta época en los años que mediaron hasta el de 34 del siglo XIV ya se habian hecho bastante frecuentes semejantes fundaciones, cuando el Rey don Alonso el XI en la reforma que hizo de la órden de la Banda dispuso excluir de ella á los primogénitos de los grandes señores.

69 Por último, se infiere tambien padeció equivocacion la sociedad de esta corte en el informe hecho al Consejo sobre el espediente de la ley agraria cuando afirmó al núm. 197, que la mas antigua memoria de los mayorazgos no sube del siglo XIV; y que aun en este fueron muy raros, pues queda demostrado que poco despues de la mitad del siglo XIII hubo mayorazgos, y no muy entrado el siglo XIV eran ya harto frecuentes las vinculaciones.

70 La historia ó anales eclesiásticos de Sevilla, y seculares formados por don Diego Ortiz y Zúñiga, nos presenta un testimonio el mas convincente y positivo de que á fines del siglo XIII ya pedian los particulares, y obtenian de los Reyes facultad de fundar y hacer mayorazgos de sus bienes.

71 En 14 de Diciembre de 1291, estando el Rey don Sancho en la ciudad de Soria, concedió privilegio á don Juan Mathe, su camarero mayor, para que fundase mayorazgo de sus vasallos, castillos y he-

redamientos, cuyo privilegio ó licencia lo copia Zúñiga en el lugar correspondiente, y está concebido en estos términos. "Sepan cuantos &c.; cuemo yo don Sancho &c., por hacer bien é merced á vos Juan Mathe, nuestro criado y nuestro camarero mayor, por cuanto nos pidió por merced que le ficiésemos sus bienes mayorazgos, é le diésemos licencia que él pudiese facer; é Nos habiendo voluntad de lo honrar é de lo ennoblecer, porque su casa quede siempre hecha é su nombre non se olvide nin se pierda, y por le emandar muchos servicios leales y buenos que nos siempre fizo á Nos é á los Reyes onde nos venimos, é porque le sigue ende mucha pró é honra á Nos y á nuestros reinos en facer que haya muchas casas de grandes omes, por ende Nos, como Rey y señor natural é de nuestro real poderío facemos mayorazgo de todas las casas de su morada, que él ha en la ciudad de Sevilla en la colacion de Santa María la Mayor, con la barrera y barrio que las dichas casas tienen, y con todas las franquezas y privilegios de mercedes que tiene de Nos y de todos los Reyes nuestros antecesores; y á vueltas de ellas facemos mayorazgo los sus castillos y heredamientos de Villalva, y Nogales, y Peñaflor, y Lapizar, y el Vado de las Estacas, é mas todos los otros lugares &c."

72. Lo mismo ejecutó su hijo el Rey don Fernando IV, quien hallándose en Valladolid en la Era de 1334, que equivale al de 1296 del Nacimiento, con consejo de su madre la Reina doña María y del Infante don Enrique su tio, por un privilegio rodado, concedió licencia y facultad á don Alonso Martinez de Ribera, comendador mayor de la órden de caballería de Santiago, cuarto nieto del Cid Rodrigo Diaz, para que en su mayorazgo y bienes, que descendian del honrado caballero el Cid, pudiera poner todas las condiciones añadiendo, é inmutando en su mayorazgo lo que quisiere, ó por bien tuviere, cuyo privilegio lo refiere el doctor don Miguel de Portilla en su historia de Alcalá de Henares *ó complutum*, y á continuacion copia el testamento del referido don Alonso Ribera, en que señala los bienes comprendidos en el mayorazgo, y el órden que se habia de guardar en la sucesion; todo lo cual persuade hasta la evidencia que á fines del siglo XIII eran ya conocidos los mayorazgos, y se les daba el mismo nombre que ahora.

73. Manifestado ya el orígen de los mayorazgos de España, y la época en que principiaron á conocerse; corresponde entrar á desenvolver y analizar la disposicion de la presente ley. Por ella, he dicho ya, se decidió en España la famosa cuestion de la preferencia entre el tio y sobrino, que tanto dió que discurrir á los jurisconsultos que ejercitaron sus plumas con frecuentes y copiosos escritos, como se verificó en Tiraquelo, Manuel Acosta y Santiago Asaa, con otros varios que refiere el señor Molina en el cap. 6.º del lib. 3.º; pero á decir lo que entiendo, el asunto no merecia tan penosa discusion, porque ó se trata del derecho que competia al tio y sobrino para la preferencia en la sucesion de los bienes vinculados, antes que se estableciese alguna ley positiva que resolviese la duda, ó del tiempo posterior á ella.

74 Si se habla del primer caso (pues del segundo no hay razon de dudar) es indispensable reconocer que por razon ó derecho natural se debia al tio la preferencia respecto del sobrino, á causa de estar aquel en grado mas próximo que este, y no pudiendo verificarse el que los dos sean admitidos á la sucesion, la razon natural dicta que el pariente de grado mas próximo al poseedor escluya al mas remoto, verificándose en el tio igualmente que en el sobrino la cualidad de descendientes del poseedor.

75 Si entre los hijos que estan en igual grado dicta la razon natural que el mayor sea preferido á los demas, independiente de la ley civil, siendo asi que la mayoría de edad es una cualidad accidental, que nada influye en el parentesco, de donde dimana el mayor ó menor amor que se supone en los padres para con sus hijos y descendientes, ¿con cuánta mas razon deberá atribuirse la preferencia á la mayor proximidad de grado, que es una cualidad verdaderamente substancial que sirve de fundamento para regular y presumir el mayor amor?

76 Pero lo que pone esta verdad en el mayor punto de claridad que pueda apetecerse es que la representacion, por comun opinion de los escritores, es un privilegio ó ficcion procedente de ley civil positiva: si la consideramos como privilegio, es indispensable reconocer que el derecho comun está en oposicion con ella, porque el privilegio en realidad es una escepcion de la regla que rige en la materia: si se la

considera como ficcion, la misma palabra manifiesta y da á entender que es contraria á la verdad; y asi si por ella se finge que el nieto tiene por representacion la personalidad ó cualidad de su padre, es una prueba concluyente de que en realidad carece de ella, porque si la tuviera era escusada la ficcion para atribuírsela, de que se convence que en cualquiera de los dos sentidos que se tome la representacion se sigue, ó que es escepcion de la regla comun, ó contraria á lo que es en realidad.

77 Si pues la representacion, por la cual el nieto es preferido al tio en la sucesion, es un privilegio establecido por ley positiva civil, es á todas luces claro que por derecho natural permisivo competia al tio la preferencia que por la ley positiva se le da al sobrino, y con igual certeza se ha de decir lo mismo en el caso que la representacion se considere por ficcion, porque si el sobrino necesita que se finja una cualidad que no tiene para ser preferido á su tio, es un convencimiento de que si no mediara esta ficcion, el tio deberia ser preferido al sobrino.

78 Gobernados ó guiados por este principio de derecho natural, los italianos no reconocen en sus mayorazgos ó primogenituras (que segun ellos todo es una misma cosa) otra prerogativa que la mayoría de edad por naturaleza, y segun el órden de nacimiento, escluyendo de consiguiente la representacion y la prerogativa de línea y grado, como lo afirma el cardenal de Luca en el discurso 1.º, número 4.º *de fideicommisis.*

79 Si por derecho natural, anterior á toda ley positiva, se debia al tio la preferencia en la sucesion respecto del sobrino, no hay justo motivo para censurar y graduar de irregular y estraña la resolucion del Rey don Alonso el sabio en haber dado la preferencia para la sucesion al trono á su hijo don Sancho, con esclusion de don Alonso su nieto, descendiente de su primogénito don Fernando, por ser dicha resolucion conforme y arreglada á los principios de la razon natural, sin que sea necesario recurrir á las historias para buscar ejemplos comprobantes de este hecho, como lo hace Salazar en su historia de la casa de Lara, tom. 1.º, pág. 72, y el marqués de Mondejar en sus memorias á la crónica del Rey don Alonso el sabio, lib. 5.º, cap. 303, y últimamente el autor de las notas y observaciones críticas á la historia de Mariana en el tom. 5.º, ensayo cronológico, pág. 376 y siguientes.

80 Podrá acaso decirse contra la resolucion del Rey don Alonso el sabio que habiéndola tomado en el año de 1276 en que se celebraron las cortes de Segovia, en las cuales fue jurado por sucesor á la corona el Infante don Sancho, era directamente contraria á lo que el mismo Rey tenia declarado en la ley 2.ª, tít. 15, partida 2.ª, en donde espresamente concede al sobrino la preferencia á la sucesion al trono respecto del tio; y como la obra de las partidas se concluyó en el año de 1263, y las cortes de Segovia se celebraron en 1277, es claro que la resolucion del Rey don Alonso fue posterior á la ley de partida, y de consiguiente contraria á lo que en ella se resolvió, declarando que siempre y en todas las tierras del mundo en donde el señorío se tenia por linage, y mayormente en España, se habia dado la preferencia al sobrino respecto del tio.

81 Pero aunque es cierto que las leyes de partida se concluyeron algunos años antes que se celebrasen las cortes de Segovia, en donde fue jurado el Infante don Sancho en virtud de la declaracion y preferencia que le habia dado su padre en la ciudad de Toledo en el mismo año, como no se publicaron las leyes de partida hasta el año de 1348 en las cortes que celebró en Alcalá de Henares su biznieto Alonso el XI, no tuvieron observancia, y de consiguiente no pudieron reputarse por leyes hasta despues de su publicacion.

82 No debe pararse la consideracion en que diga la ley que segun costumbre y fuero de España el sobrino era preferido al tio, dando á entender que asi por costumbre como por ley le competía esta preferencia, porque á mas de no encontrarse en las historias vestigios de semejante costumbre, ni en los códigos legales ninguna disposicion concerniente á la materia, cuando la junta ó congreso que celebró el Rey don Alonso en Toledo para consultar la duda con los ricos homes de su reino, despues de haber oido al Infante don Manuel su hermano, que habló en favor del Infante don Sancho, resolvió darle la preferencia á este en la sucesion del trono, con esclusion de su nieto: fundó tambien su resolucion en otra ley nacional, pues dijo que atendiendo al derecho antiguo, segun fuero de

España, declaraba que don Sancho su hijo mayor debia ocupar el lugar de su hermano don Fernando, como mas inmediato en grado que los nietos, hijos de este.

83 El derecho antiguo de España que cita el Rey don Alonso seguramente no podia ser otro que el del fuero juzgo ó de los godos, en el que no se hace la mas mínima mencion de alguna disposicion análoga al asunto, y lo que es mas, que ni podia hacerse, por ser en tiempo de los godos, electiva la corona, como todos saben, y de consiguiente era bien ocioso se estableciese ley que diese la preferencia al tio respecto del sobrino, ni á este respecto de aquel; de que puede inferirse era costumbre en aquellos tiempos citar leyes que no habia para fundar lo que parecia conveniente establecer.

84 El autor de las Observaciones críticas y notas á la historia de Mariana, en el ensayo cronológico que pone en el tomo 5.º, pág. 374, confesando que no produce en prueba de la preferencia del tio al sobrino alguna ley escrita, pretendiendo realzar el mérito y autoridad de la cita que habia hecho el Rey don Alonso, dice que seria temeridad negar que hubo tal ley, cuando el mismo Príncipe que decidió la duda afirmó que la tuvo presente, y dijo, citando el derecho antiguo y la ley de razon, segun el fuero de España, de que infiere dicho autor que realmente existia tal ley fundamental, olvidándose ciertamente de lo que habia dicho al folio 365 del mismo ensayo, que las leyes godas nada establecieron en órden al derecho de suceder, por ser electiva la corona.

85 El mismo autor, en el tomo 4.º de su compendio cronológico de la historia de España, al folio 146, afirma que el Infante don Manuel, cuando persuadió al Rey que debia ser preferido el Infante don Sancho á los hijos de don Fernando, se fundó en una de las leyes godas hechas para tales casos, cuya asercion, si fuese cierta, que no lo es, porque el Infante no citó ninguna ley goda, mal podria conciliarse con la otra proposicion suya que se ha referido del ensayo cronológico, de que las leyes godas nada establecieron en órden al derecho de suceder, por ser electiva la corona.

86 No era al parecer mas conocida ni practicada por este tiempo la representacion en el reino de Aragon, sesenta años despues, esto es, en el de 1325: reinando don Jayme II pretendió el Infante don Pedro, que caso de morir su hermano primogénito don Alonso en vida del Rey su padre, le pertenecia y tocaba la sucesion á la corona, con esclusion de los hijos de su hermano mayor, y dice Zurita, que refiere este hecho en el libro 6.º de sus anales, cap. 62, que como esta cuestion era mas dudosa en aquellos tiempos, y no se habia usado lo contrario en estos reinos y en el de Castilla, sucedieron tantas guerras y males por esta misma querella:::::: teniendo el Infante don Alonso los mismos inconvenientes, suplicó al Rey dejase aquello en su vida declarado, y que don Pedro, su hijo primogénito, fuese jurado por legítimo sucesor en estos reinos en cualquier suceso, como ya se habia hecho en tiempo del Rey don Jayme el I, que en su vida hizo jurar á don Alonso su nieto.

87 Continúa el mismo historiador diciendo, que estuvo el Rey muy dudoso en esto, y fue bien menester que la Reina doña Elisen de Moncada intercediese con él, y aun afirma que pasó algun tiempo que el Rey no quiso tratar de esta materia, temiendo seria muy dificultoso concordar á los ricos hombres; pero finalmente considerando el Rey lo que importaba evitar que despues de su muerte no hubiese alguna diferencia en la sucesion, condescendió á complacer al Infante don Alonso su hijo, y pidió en las cortes que estaba celebrando, que don Pedro su nieto, que era de cinco años, fuese jurado por primogénito, lo que asi se otorgó por todos los estados del reino, declarando que le tendrian por Rey despues de la muerte del Rey su abuelo y del Infante su padre.

88 Se hace tambien reparable afirme Zurita que hasta el tiempo del Rey don Jayme el II no se habia usado en Aragon que el nieto, hijo del primogénito, escluyese á su tio, hermano de su padre, de la sucesion del reino, y que diga á continuacion, que para persuadir al Rey mandase jurar á su nieto don Pedro, hijo de su primogénito don Alonso, por legítimo sucesor del reino, se le hiciese presente lo que se ejecutó en tiempo del Rey don Jayme el I, que en su vida hizo jurar por sucesor á don Alonso su nieto, hijo de su primogénito don Pedro, cuyo hecho se ejecutó en las cortes que celebró en Lérida el Rey don Jayme en el año de 1275, como lo refiere el mismo historiador en el libro 3.º, cap. 99 de sus anales.

89 Si pues en dicho año de 1275 ya se habia declarado por las cortes celebradas en Lérida que el nieto, hijo del primogénito, debia suceder en la corona, en representacion de su padre, ¿cómo dice y asegura el mismo historiador, hablando de la pretension del Infante don Pedro, hijo segundo del Rey don Jayme II, de escluir de la sucesion á sus sobrinos, hijos de su hermano primogénito, que esta cuestion era mas dudosa en aquellos tiempos, y no se habia usado lo contrario en Aragon, si cincuenta años antes ya habia resuelto y declarado esta duda el Rey don Jayme el I?

90 Cuando me ocurrió esta duda, me pareció insuperable, sin desmentir la asercion de tan grave, diligente y juicioso historiador como Zurita, que afirmaba no se habia usado en Aragon hasta el tiempo del Rey don Jayme el II lo contrario de lo que pretendia el Infante don Pedro, que era el ser preferido á sus sobrinos, hijos de su hermano mayor, en la sucesion á la corona; pero la casualidad de conservar reciente en la memoria la disposicion testamentaria del Rey don Jayme el I, me hizo formar una combinacion de especies con que poder conciliar la asercion de Zurita con la determinacion del Rey don Jayme, y juramento que se hizo en las cortes de Lérida de reconocer por sucesor del abuelo al nieto en defecto de su padre.

91 Se celebraron estas cortes de Lérida en 1275, tres años despues que el Rey don Jayme el I otorgó su testamento y última disposicion, en que dividiendo sus estados en dos reinos ó principados, ordenó que en el de Aragon, Valencia &c. sucediese su hijo primogénito don Pedro y sus descendientes, y en el de Mallorca, Menorca &c. nombró por su sucesor á su hijo segundo el Infante don Jayme y á sus descendientes, y en defecto de cualquiera de estas dos líneas substituyó la otra.

92 Supuesto este hecho y antecedente, se descubre con toda claridad que la preferencia que el Rey dió á su nieto, hijo del Infante don Pedro, no fue para que sucediese en representacion de la persona de su padre, sino en virtud del llamamiento espreso que habia hecho en su testamento de su hijo don Pedro y sus descendientes, y como el nieto era el pariente mas inmediato á su abuelo de la línea predilecta que habia principiado en su padre, se seguía que en defecto de su padre debia suceder por derecho propio, dimanado del llamamiento del abuelo; de que se convence no podia tener lugar en el caso espresado la representacion, por ser esta, como queda dicho arriba, un privilegio ó ficcion, por el cual se concede al de grado mas remoto el derecho que competia al de grado mas próximo, ó se finge que el de grado mas remoto tiene las cualidades de aquel á quien representa para escluir al que se halla en grado mas próximo.

93 No dimanando la preferencia que se dió en las cortes de Lérida al nieto del Rey don Jayme del derecho de representacion, sino de la disposicion testamentaria del mismo Rey, se concilia muy bien que sin embargo de que en tiempo del Rey don Jayme hubiera sido jurado su nieto para suceder en defecto de su padre, no por eso se entendió ó dispuso establecer el derecho de representacion, declarando que el sobrino escluyese al tio en la sucesion, como se dispuso por primera vez en las cortes que celebró el Rey don Jayme el II en Zaragoza en 1325, con cuya esposicion queda libre de toda sospecha de ligereza ó falsedad la asercion del sabio y diligente historiador Zurita.

94 Habiendo hecho ver que por derecho natural el sobrino no debe ser preferido al tio en la sucesion de los mayorazgos, y que la preferencia que se le da á aquel respecto de este, es dimanada de una ley positiva, cual es la presente, que deberá considerarse mas bien como correctoria del derecho natural, que como declaratoria del mismo, paso á manifestar en qué forma se decidió por ella la famosa cuestion de la preferencia entre el tio y el sobrino, que dije arriba debia su decision á la presente ley.

95 No resolvió la ley que general y absolutamente el sobrino fuese preferido al tio, como lo ordenó la ley de partida en la sucesion al trono, sino que limitó su disposicion á presumir que el fundador habia querido darle esta preferencia, cuando no espresaba lo contrario, en que se manifiesta la consideracion que mereció á nuestro legislador la prelacion que dispensaba al tio el derecho natural, fundado en la mayor proximidad de grado al último poseedor, por lo que bien mirado, y hablando con propiedad, puede decirse con verdad que la ley de Toro no resolvió la cuestion del tio y el sobrino, porque esta realmente con-

sistia en decidir cuál de los dos tenia derecho de escluir al otro de la sucesion, y por su resolucion dejó á la libre voluntad del fundador la facultad de declarar cuál de ellos habia de ser preferido, sin otra particularidad que la de presumir era el ánimo del fundador que el sobrino fuese preferido, ó tuviese lugar la representacion, cuando espresa y virtualmente no la escluía.

96 No parece dispensaron ó permitieron igual facultad las leyes de Aragon á los fundadores de mayorazgos cuando establecieron el derecho de representacion.

97 Por el fuero único de fideicomiso que se formó en las cortes de Monzon el año de 1533, se ordenó que muerto el hijo primogénito entrase á suceder al abuelo el nieto en lugar de su padre, con esclusion de sus tios, y se limitó esta disposicion á las vinculaciones que en adelante se hiciesen; de que se ve que en las anteriores quisieron quedase ilesa la preferencia que el derecho natural daba al tio respecto del sobrino, lo que ofrece una clara comprobacion del concepto que dejo manifestado arriba, de que antes que por una ley positiva se estableciese el derecho de representacion en la sucesion de los mayorazgos de particulares, competia al tio la preferencia en concurrencia con el sobrino por derecho natural, en virtud de su mayor proximidad de grado al último poseedor.

98 De la diferencia que he manifestado arriba mediaba entre la disposicion de la ley de partida y la de Toro, se infiere cuántos se equivocan los que creen que la ley de Toro no hizo otra cosa mas que estender á los mayorazgos de los particulares lo que habia dispuesto la ley de partida para la sucesion al trono.

99 Por último, debe observarse la lentitud con que procedieron los legisladores, tanto en Castilla como en Aragon, á introducir el derecho de representacion en la sucesion de los vínculos ó mayorazgos de los particulares, aun despues de introducida en la sucesion á la corona, pues en Castilla pasó mas de siglo y medio desde la publicacion de las leyes de partida hasta la formacion de la ley de Toro, y en Aragon transcurrieron dos siglos bien cumplidos desde las citadas cortes de Zaragoza del año 1325 hasta las de Monzon de 1533, todo lo que persuade que el derecho de representacion era un establecimiento nuevo que invertía y alteraba el órden de suceder que se observaba en los mayorazgos ó vinculaciones de los particulares por derecho natural permisivo.

100 Como por la presente ley se dispone que aunque muera el hijo mayor del poseedor del mayorazgo, si deja hijo ó nieto, sean preferidos estos á los demas hijos del mismo poseedor, á causa de que el hijo ó nieto del hijo mayor que ha premuerto representa la persona de su padre, es muy conveniente y aun preciso me detenga á manifestar la naturaleza y efectos de esta representacion, é indique algunas diferencias que median entre ella y la que se observa en las sucesiones hereditarias.

101 En el Comentario á la ley 8.ª de las de Toro espuse estensamente los efectos de la representacion que se admite en las sucesiones hereditarias, y manifesté su naturaleza y orígen; por lo que en este punto me remito á lo dicho en el espresado Comentario, y paso al presente á proponer la definicion ó naturaleza de la representacion establecida en la sucesion de los mayorazgos.

102 Robles, en el número 3.º, cap. 3.º del libro 1.º de su obra de representacion, proponiéndose definir la que se observa en los mayorazgos, dice que es un derecho concedido en este reino, en virtud del cual el hijo es llamado en lugar de su padre perpetuamente á la sucesion, tanto de los ascendientes como de los colaterales.

103 El señor Castillo en el lib. 3.º de sus Controversias, capítulo 19, número 21, proponiéndose dar la definicion propia de la representacion que se observa en la sucesion de los mayorazgos, la define de este modo: es un privilegio que conceden las leyes de este reino, por el cual el hijo es llamado en lugar de su padre á la sucesion de los ascendientes ó transversales perpetuamente, y sucede representando la persona de su padre, como sucederia ó podria suceder este si viviese.

104 Como ni esta definicion, ni la que se ha referido de Robles, me parecen arregladas para manifestar la naturaleza y cualidades de la representacion de que se trata, voy á formar otra que la tengo por mas espresiva y adecuada en la materia. Es un privilegio concedido por leyes de estos reinos, en virtud del cual el hijo entra en el lugar, grado, sexo y edad de su padre en la sucesion, tanto de sus colaterales, como de sus ascendientes perpetuamente.

105 La esposicion de esta definicion hará conocer los defectos que padecen las anteriores, y servirá de una completa y exacta declaracion de la decision de la presente ley.

106 Se ha dicho que este derecho de representacion se ha establecido por leyes de estos reinos, ha debido su orígen á la ley 2.ª, tít. 15, partida 2.ª, que habló de la sucesion al reino, y á la presente ley, que trata de la sucesion de los mayorazgos de los particulares. Se ha dicho que en virtud de este derecho el hijo entra en lugar y grado de su padre, á causa de que si no representara el grado que tenia su padre, lo escluirían de la sucesion sus tios, hermanos de su padre, por ser de grado mas próximo al último poseedor del mayorazgo. Se ha dicho que entra á representar el sexo de su padre, porque á no ser asi, la nieta, hija del hijo mayor premuerto, no podria escluir á los tios varones, hijos del último poseedor, por estar en igual grado del que ella tiene por representacion de su padre, y á mas tener la preferencia ó prelacion que lleva consigo el sexo masculino en la dicha sucesion de los mayorazgos en igualdad de grado. Se ha dicho que entra ó representa la edad de su padre, porque sin la cualidad de primogénito ó de mayor de edad no podria escluir de la sucesion á sus tios, hijos del último poseedor, por ser en realidad primogénitos y de mayor edad que el nieto, hijo del primogénito, pues de nada sirve ni aprovecha para la sucesion de los mayorazgos la proximidad del grado, ni la masculinidad del sexo, si no concurre tambien la mayoría de edad ó primogenitura. Se ha dicho que esto se observa, tanto en la sucesion de los colaterales como en la de los ascendientes, porque en la sucesion de los ascendientes nadie ha dudado tenga lugar la representacion, y aunque anteriormente se dudó por un espositor nacional, si en la línea colateral debia tener lugar la representacion sin limitacion de grado, ó solo se habia de estender al tercero, esto es, á los hijos de los hermanos, como se observa en la representacion que se admite en las sucesiones hereditarias, de cuya opinion fue Avendaño en la glosa 14 á esta ley, número 25; posteriormente se declaró por la ley 14, tít. 7.º, lib. 5.º de la Recopilacion que en la sucesion de los mayorazgos, vínculos, patronatos y aniversarios que en adelante se hicieren, ya fuese por ascendientes, como por transversales ó estraños, se guardase lo dispuesto en las leyes dichas de partida y Toro, y que se suceda por representacion de los descendientes á los ascendientes en todos los casos, tiempos, líneas y personas en que los ascendientes hayan muerto antes de suceder en los tales mayorazgos, y mandó que se guardase esta disposicion sin distincion ni diferencia alguna, no solamente en la sucesion de los mayorazgos á los transversales del último poseedor, sino tambien en los que lo fueren del fundador. Con cuya declaracion quedó falsificada la opinion de Avendaño, y tambien quedó resuelta la duda que propuso el señor Molina en el lib. 3.º, cap. 7.º, números 8.º y 9.º, á saber; que por transversales no solo se debian entender los que lo eran del instituidor del mayorazgo, sino tambien aquellos que aunque descendiesen del mismo eran transversales al último poseedor.

107 Se ha dicho perpetuamente, porque la representacion, tanto en la línea colateral como en la recta ó de descendientes, se estiende á todos los grados y tiempos sin limitacion alguna, como espresamente se declara en la citada ley 14.

108 No habiendo hecho distincion la ley entre los mayorazgos fundados por últimas voluntades ó por contrato, debe estenderse á todos indistintamente su disposicion por la razon general de que donde la ley no distingue no se debe distinguir, como tambien porque aunque la causa ó modo de la fundacion sea diverso, la razon y órden de la sucesion es el mismo, y de este dictamen es el señor Molina en el lib. 3.º, cap. 7.º, número 14. Manifestada ya la naturaleza y cualidades de la representacion que se observa en la sucesion de los mayorazgos, corresponde ahora advertir y notar las diferencias que se encuentran en ella, con respecto á la representacion propia de las sucesiones hereditarias.

109 En esta pueden ser muchas ó mas de una las personas que entren á representar, y únicamente representan el grado del padre, y la representacion se dirije á concurrir á la division de la herencia, como se ha dicho en el Comentario á la ley 8.ª En la representacion de la sucesion de los mayorazgos el representante es uno solo, y representa, no solo el grado, sino la mayoría ó primogenitura, y á veces la masculinidad ó sexo, y la representacion no se dirije á

concurrir con otros á la sucesion, sino á escluirlos positivamente de ella. En la sucesion hereditaria la representacion en la línea de los colaterales no se estiende á mas que al tercer grado, y en la de los mayorazgos es limitada, como en la línea recta, como ya se ha indicado.

110 Propuesta ya la definicion ó descripcion de la representacion propia de la sucesion de los mayorazgos, y en cierto modo comprobada, paso á hacerme cargo de algunas razones que podrian hacer dudar de su certeza y exactitud.

111 El señor Molina en el lib. 3.º, capítulo 6.º, número 47 y siguientes, despues de referir las palabras de la ley, que dice que el hijo mayor y sus hijos representen la persona de sus padres, advierte y reflexiona que el no haberse dicho que representen el grado de parentesco ó de proximidad de sus padres, sino que representen la persona de éstos, fue para manifestar que la representacion mas se debia referir á la cualidad de la primogenitura que residia en la persona del padre, que al grado de parentesco que gozaba, lo que se propone probar con tres consideraciones: la primera consiste en que si las palabras de la ley se hubieran de referir al grado se seguiria que la nieta, hija del primogénito, no podria en virtud de la representacion del grado del padre escluir al hijo varon segundogénito por no poderse transmitir la masculinidad del padre en la hija, ni representarse por esta, segun afirma Bartolo.

112 La ilacion que saca el señor Molina de las palabras de la ley es tan sutil y voluntaria para inferir que la representacion se ha de referir á la cualidad de la primogenitura, y no al grado de parentesco, que igualmente pudiera haber inferido todo lo contrario; porque si el no haber dicho la ley que representasen el grado de su padre es prueba de que quiso representasen la cualidad de la primogenitura, de no haber espresado que representasen á esta se podrá inferir igualmente que lo que quiso la ley fue que representasen el grado de su padre. Mas arreglada hubiera sido la ilacion si supuesto que la ley espresamente dice que representen las personas de sus padres, hubiera inferido que comprendiendo la palabra persona el grado y la cualidad de primogenitura, queria que representasen una cosa y otra los que habian de suceder.

113 La primera consideracion ó argumento de que se vale para probar su opinion es enteramente falsa, por suponer que no se puede transmitir á la hija la masculinidad del padre, ni esta representarla, como manifestaré cuando rebata la opinion de los que afirman que la hija no puede representar el sexo de su padre.

114 Aun se vale de otro raciocinio el señor Molina para corroborar su primera consideracion, y es el siguiente: si la nieta representase solo el grado de su padre, seguramente y sin duda alguna la escluiria el hijo segundo varon, á causa de que aunque la hija estuviese en el mismo grado que tuvo su padre, siendo muger la escluiria el varon segundogénito, como dice lo deja probado en el cap. 3.º de este libro; y concluye infiriendo que necesariamente se debe decir que la cualidad de la persona del padre, que por la ley de Toro se representa, es la cualidad de la primogenitura, con la cual la nieta se constituye y subroga en la línea de los primogénitos, la cual línea escluye á todas las demas y á las personas que proceden de ellas, sean varones ó hembras del mismo ó diverso grado, como deja probado y manifestado en el cap. 4.º de este libro, número 14, en donde dijo "que en primer lugar se habia de considerar la línea, en segundo el sexo, en tercero la edad, y en último el grado de proximidad." Hasta aquí el señor Molina.

115 Por poca lógica que se tenga cualquiera advertirá el mal uso que hace de ella el señor Molina cuando afirma que si la nieta representara solo el grado de su padre seria escluida de la sucesion por el hijo varon segundo, y por lo tanto dice que se sigue por una consecuencia necesaria que la cualidad de la persona del padre que se representa por la ley es cualidad de la primogenitura, en virtud de la cual se constituye la nieta en la línea de los primogénitos.

116 De que la nieta no represente solamente el grado de su padre no se debe inferir en buena lógica que solo represente la cualidad de la primogenitura, pues lo que debia inferirse era que ademas de la representacion del grado debia representar la cualidad de la primogenitura ú otra cualidad alguna, así como de que no basten solos tres testigos para la solemnidad del testamento nuncupativo seria un absurdo inferir que solo bastaba la presencia del escribano.

117 Tambien es inconducente al intento la ilacion que saca de que si la nieta solo sepresentase el grado del padre, la escluiria el hijo varon, aunque estuviese en igual grado, á causa de que siendo hembra seria escluida por la masculinidad del hijo; porque este mismo raciocinio se convierte eficazmente contra la opinion que defiende el señor Molina, de que la cualidad representada por la nieta es de la primogenitura de su padre, pues siendo ella en realidad hembra, seria escluida por el hijo varon segundo por la prelacion que tiene el sexo masculino al femenino en igualdad de grado en la sucesion de los mayorazgos.

118 Tampoco es disimulable la falta de memoria ó de reflexion que se echa de ver en el señor Molina, quien habiendo dicho en el lib. 3.°, cap. 4.°, número 14, que la sucesion de los mayorazgos en primer lugar se habia de atender á la línea, en segundo al grado, en tercero al sexo, y en cuarto á la edad, invierta ahora este órden y tenga la inconsideracion de decir, refiriéndose al lugar citado, que allí dijo que en el último lugar se habia de atender á la proximidad del grado, cuando en el lugar espresado colocó el grado, como debia hacerlo, en segundo lugar despues de la línea, lo que sin duda ha variado ahora para manifestar contra toda razon que la cualidad del grado es de menor importancia que la de edad ó primogenitura.

119 La segunda consideracion de que se vale el señor Molina se reduce á decir "que debiéndose siempre atender á la línea de los primogénitos, por considerarse llamados perpétuamente por la institucion del mayorazgo, no hay motivo para que se atienda á la representacion del grado, porque aun en los casos en que no se admite representacion de grado, aquel que desciende del primogénito debe ser preferido en la sucesion á todos los que existen en grado mas próximo, en virtud de la representacion de la primogenitura, como dice lo probará despues." Hasta aquí el señor Molina.

120 En este cúmulo de palabras únicamente afirma que debiéndose atender á la representacion de la primogenitura no se debe atender á la del grado, lo que en realidad no es otra cosa que repetir su opinion. Tambien afirma que aun en los casos en que no se admite representacion del grado, el que desciende del primogénito es preferido á los que se hallan en grado mas próximo en virtud de la representacion de la primogenitura. Esta proposicion es segunda repeticion de su opinion, pues no hay caso en que se admita representacion de la primogenitura que no vaya acompañada de la del grado.

121 La tercera consideracion la funda en decir que para manifestar la ley de Toro con mas evidencia que solo atendió á la representacion de la primogenitura, y no á la del grado, espresa, representando la persona de sus padres por su órden, y no dice representando la persona de sus abuelos ni la de sus ascendientes. De que infiere que siendo llamados á la sucesion todos los mayores uno despues de otro, y en fuerza de aquel llamamiento cada primogénito consiga el derecho de primogenitura por la institucion del mayorazgo, no es necesaria la representacion de los ascendientes, sino que basta que el hijo manifieste que su padre tuvo el derecho de primogenitura, sucediera ó no en el mayorazgo. Infiere tambien que si la ley hubiera querido que se representara la proximidad del grado hubiera sido incompleta su disposicion en decir, de manera que el hijo y sus descendientes representando la persona de sus padres, porque seria muchas veces necesario representar el grado de los abuelos y bisabuelos, á fin de que los hijos y descendientes de los primogénitos no fueran precedidos en la proximidad del grado del hijo segundogénito del último poseedor, cuya reflexion, dice, conduce mucho para la inteligencia de la ley de Toro, á que añade, que hablando en castellano, la palabra padres no se puede referir á todos los ascendientes. Y por último concluye que cuando alguno quiera negar lo que deja dicho, tendrá que confesar que lo que principalmente dispone la ley que se represente es la cualidad de la primogenitura, aunque tambien quiera que necesariamente se represente el grado.

122 Para desvanecer estas débiles reflexiones del señor Molina basta decir que el usar la ley de las siguientes palabras: representando la persona de sus padres por su órden, y no decir representando la de sus abuelos ni la de sus ascendientes, fue porque esta ley, como todas las demas, siempre disponen para los casos que mas frecuentemente ocurren; y como es mas comun y regular que falte el padre antes que su

hijo, que no el que falten padre é hijo, por eso la ley se ciñó á hablar del primer caso, y dijo representando la persona de sus padres, y no la de sus abuelos y ascendientes, y el haber añadido *por su orden* fue un indicio bien claro de que queria que lo mismo sucediera cuando faltase el padre y el hijo, esto es, que el nieto representase en primer lugar la persona de su padre, y en segundo la de su abuelo para entrar en la sucesion de su bisabuelo, pues si no representaba el grado de su padre lo escluirian los hermanos de este, y si no representaba en segundo lugar el grado de su abuelo lo escluirian tambien los hermanos de este, como de grado mas próximo al bisabuelo, en cuya sucesion habia de entrar el biznieto: de que se convence que si hubiera querido limitar la representacion á la persona de sus padres, seria bien escusado el haber añadido *por su órden*, porque no mediando entre el padre y el hijo ninguna otra persona, no habia contingencia de que pudiese invertirse el órden de la representacion.

123 Pero á mas de esto la misma ley presenta en sus palabras un convencimiento irresistible de que la representacion por lo menos se estiende hasta el biznieto; dice asi: que si el hijo mayor dejare hijo ó nieto ó descendiente legítimo, estos tales descendientes del hijo mayor por su órden prefieran al hijo segundo del dicho tenedor.

124 No puede dudarse que el hijo del hijo mayor del poseedor es nieto respecto de este, y por igual razon el nieto del hijo mayor es biznieto del mismo; con que si la ley dispone que las personas de estos representen por su órden á las de sus ascendientes, es claro que estendió la representacion hasta los biznietos.

125 Pero aun no se contentó la ley con haber dado á la representacion la estension dicha, sino que la estendió ilimitadamente á los demas descendientes de grado mas remoto, como lo manifiesta el haber nombrado despues del nieto del hijo mayor á cualquiera otro descendiente legítimo, el que por lo menos habria de ser tercer nieto del actual poseedor del mayorazgo.

126 Ahora bien, si la ley espresa y específicamente estendió la representacion hasta los terceros nietos, es hacer una manifiesta violencia á su letra en pretender que la palabra *padres* solo se limitó á los del primer grado.

127 Para que se vea la poca consecuencia y conformidad que guarda el señor Molina en este punto basta referir la conclusion que establece en el número 5.º del cap. 7.º del libro 3.º, donde dice que cuando se trata de la sucesion de los ascendientes, el derecho de representacion no solo se estiende al nieto, sino tambien al biznieto y á todos los demas descendientes, fundándose para esto en que la representacion por su naturaleza trae el representar la persona del ascendiente, sin limitacion de grado ó persona; y lo mismo repite al número 11, §. 2.º Con mas discernimiento espuso la ley en este punto el señor Covarrubias, cuestion 38 de las Prácticas, número 7.º, §. 8.º, en donde declarándola dice: "que si el hijo primogénito premuriese, y tambien su hijo, nieto del poseedor, dejando un biznieto de este, dicho nieto escluiria á los hermanos de su padre, y tambien á los de su abuelo primogénito."

128 Del mismo sentir fue el señor Castillo en el número 62 del capítulo citado, donde afirma "que la representacion en la línea recta se estiende sin limitacion ó *in infinitum.*"

129 Ha dicho el señor Molina, no solo que no era necesaria la representacion de los ascendientes, de cuya asercion queda demostrada la falsedad, sino que añade "que basta que el hijo acredite serlo de aquel á quien perteneció el derecho de primogenitura, haya ó no sucedido en el mayorazgo;" es en lo que seguramente padece un conocido error, porque si el padre ha entrado en la posesion del mayorazgo el hijo no le sucede por representacion, sino por derecho propio, en virtud del llamamiento hecho por el fundador del pariente mas próximo al último poseedor, y la representacion solo se introdujo y tiene lugar en el caso que el inmediato sucesor, dejándole descendientes, premurió el actual poseedor. En tal caso los descendientes del que premurió entran en lugar del padre á representar su persona, de forma que, bien sea en la sucesion de la línea recta, ó en la colateral, el representado ha de ser ascendiente del representante, y este descendiente suyo sin limitacion de grado, pues de otro modo nó podia decirse que la representacion era perpétua y para siempre.

130 No será fuera de propósito ad-

vertir aqui que toda representacion se verifica siempre en la línea recta ó de descendientes, y que el llamarse una de línea recta y otra de la colateral no proviene de que el representado y el representante no se hallen siempre en la línea recta ó de descendientes, sino del objeto á que se dirije la representacion, que es la sucesiva, la que cuando pasa á un colateral del último poseedor en virtud de la representacion se dice que esta es de la línea colateral, y cuando pasa á un descendiente se llama de la línea recta.

131 El señor Castillo, con los autores que cita al número 51, adopta y sigue la opinion del señor Molina de que el hijo no representa el grado de su padre, sino la primogenitura, y aun se estiende á afirmar al número 166 que cuando el hijo sucede por representacion de la persona de su padre, no se le priva de que suceda tambien con mayor razon por su misma persona, y por el derecho que le compete aun despues de la disposicion de la ley de Toro; lo que en realidad es decir que el nieto no necesita representar la persona de su padre para suceder á su abuelo, con esclusion de los hijos de este.

132 La razon en que se funda para tan estraña asercion la llama evidente, y se reduce á decir, "que en la institucion de los mayorazgos siempre se presume llamada la línea recta del primogénito con vocacion propia, como si á cada uno de los primogénitos espresa y específicamente les hubiera sido hecha la donacion, substitucion, vocacion, legado, y de consiguiente cualquier llamado adquiere el dominio en el mismo instante en que se verifica la condicion, ó llega el dia de la vocacion, y esto dice que sucede por la propia persona del primogénito, cuando falta el poseedor que le ha precedido, y no en virtud de algun derecho que este le haya transmitido." Hasta aqui la esposicion del señor Castillo.

133 Este raciocinio es cierto y verdadero cuando el hijo es inmediato sucesor del último poseedor, ó cuando el nieto es igualmente inmediato sucesor de su abuelo, por haber premuerto su padre, y no haberle quedado al abuelo ningun hijo segundogénito; en cuyos dos casos sucede el hijo ó el nieto al padre ó abuelo por su propia persona y derecho propio, por ser el descendiente primogénito de grado mas próximo al último poseedor, y en estos dos casos ni es necesaria la representacion, ni puede tener lugar.

134 No puede decirse lo mismo cuando por haber premuerto su padre, y quedarle al último poseedor otros hijos, falta al nieto la cualidad de primogénito, pues aunque lo sea con respecto á su padre no lo es con respecto al abuelo, de cuya sucesion se trata, por quedarle á este otro hijo que en realidad y verdaderamente adquirió la cualidad de primogénito desde el instante que faltó el hermano mayor. Queriendo pues la ley que el nieto que en realidad ni era primogénito ni de grado mas próximo al último poseedor, con respecto á su tio, fuese preferido á este, y escluirlo de la sucesion, dispuso que el nieto representando ó en representacion de la persona de su padre entrase á suceder á su abuelo con esclusion de su tio.

135 Si el nieto en este caso tiene la prelacion en la sucesion de su abuelo por el beneficio que le concede la ley de que represente la persona de su padre, es mas que claro que el nieto no es admitido á la sucesion por llamamiento espreso y específico del fundador, como se supone, ni por su propia persona, sino en virtud de la prelacion ó privilegio que le dispensa la presente ley de que represente la persona de su padre en cuanto á la primogenitura y demas cualidades.

136 Aun se persuade esta verdad con un argumento enteramente convincente é irresistible, cual es que siendo la representacion un privilegio concedido por la ley, como lo reconoce y confiesa espresamente el señor Castillo al número 21 del citado capít. 19, era un manifiesto absurdo que se le concediese al nieto por la ley un privilegio para obtener un derecho que le correspondia por su propia persona, por envolver una evidente contradiccion el que se dispense por privilegio lo que compete por derecho comun.

137 Esta doctrina que se ha sentado cuando el sucesor en el mayorazgo entra á suceder en virtud de la representacion ó de su propio derecho, obra igualmente en la representacion que se admite en las sucesiones hereditarias, en las que cuando falta el padre y no queda al abuelo otro descendiente de grado mas próximo que el nieto, no se repone este en el grado de su padre, ni entra á representarlo, por no tener necesidad de ello, á causa de que por

haber faltado los descendientes de grado mas próximo entra á hacerse por su propia persona y por derecho comun heredero suyo del abuelo, como espresamente lo reconoce el mismo señor Castillo al número 31, donde concluye advirtiendo que una cosa es suceder en lugar de heredero suyo, y otra cosa muy diversa reponerse y constituirse en el grado que estaba su padre.

138 De esta legal y juiciosa advertencia deberia haberse valido el señor Castillo para no confundir el caso de cuando entraba el nieto á suceder á su abuelo por haber faltado todos los descendientes de grado mas próximo, porque entonces no necesitaba valerse de la representacion por tener el llamamiento espreso del fundador, con el otro muy diverso, que era cuando quedándole al abuelo hijos segundosgénitos entra el nieto á representar la persona de su padre para escluir á sus tios y ser preferido en la sucesion, pues en tal caso ningun derecho tenia el nieto á la sucesion por su propia persona, sino por el privilegio de representar la dicha persona de su padre, que le concede la ley, la cual hubiera sido enteramente inútil y supérflua si fuera verdadera y fundada la opinion del señor Castillo.

139 Dí por supuesto en la definicion de la representacion que el hijo no solo representaba el grado de su padre, sino tambien algunas veces el sexo, como se verificaba cuando era la hija la representante; y como el señor Molina para fundar su opinion de que el hijo no representa el grado de su padre, alega entre otras razones que nada aprovecharia á la nieta representar el grado de su padre, supuesto que no podia representar su masculinidad ó sexo, á causa de que aun cuando tuviera el grado del padre la escluiria de la sucesion el hijo segundo varon del poseedor, por razon de su masculinidad, y habiéndome arriba reservado tratar este punto, corresponde ahora examinarlo y satisfacer á las razones de los que defienden que la hija no puede representar la masculinidad ó sexo de su padre.

140 El señor Castillo, que en el número 158 sigue en un todo la opinion del señor Molina, aprueba sus razones y aun las estiende y amplifica, y dice que la cualidad del sexo no la puede representar la hembra, ni se establece por la ley, ni la pudo establecer por no pasar la cualidad del sexo masculino en la hija que representa á su padre, ni es posible que dicha cualidad se represente en la hembra, ni en género, ni en especie, por ser contrario á la naturaleza, y en apoyo de esta asercion cita la autoridad de Bartolo en su Comentario á la ley 220, ff. *de verborum significatione.*

141 Este dicho de Bartolo, apoyado en la repugnancia que hay en la naturaleza para que un sexo pase á convertirse en otro, cautivó los entendimientos de estos dos célebres escritores nacionales y de otros que citan para afirmar sin el menor exámen ni detencion que era imposible que la hija representase el sexo de su padre.

142 No pretendo sea posible que naturalmente el sexo femenino pase real y verdaderamente á hacerse masculino; pero es un conocido absurdo inferir de esta imposibilidad física de que un sexo pase á ser otro, el que la hija no pueda representar el sexo de su padre, como voy á hacer demostrable con los mismos principios de estos autores.

143 Confiesan y afirman estos insinuados autores, y no podian menos de hacerlo porque la ley espresamente lo dispone, que el hijo ó hija, sin distincion de sexo, representa la persona de su padre difunto para suceder en el mayorazgo. Supuesta esta confesion espresa y clara de los referidos autores, formo el siguiente raciocinio: no es menos difícil y repugnante á la naturaleza que la persona del hijo se convierta real y verdaderamente en la del padre, que el sexo femenino se haga y transforme en masculino; antes bien la conversion de una persona en otra es imposible de toda imposibilidad, y la del sexo no lo es; y sin embargo de la imposibilidad de la conversion de la persona del hijo en la del padre, la de aquel representa á la de este, segun los mencionados autores. Con que siguiendo la regla de una exacta paridad la imposibilidad de la conversion del sexo femenino en masculino no debe impedir ni servir de estorbo para que el sexo de la hija represente el de su padre.

144 Igual argumento puede formarse en punto á la primogenitura ó mayoría de edad; esta consiste en la accion de nacer primero, y no es menos imposible que la primogenitura del hijo se convierta y se haga la del padre, que nació treinta ó cuarenta años antes, que el convertirse el sexo femenino en masculino; y con todo, á pesar de esta imposibilidad, defienden y sostienen

con empeño los citados autores que la representacion que dispone la ley tenga el hijo de la persona de su padre se ha de entender únicamente de la primogenitura de este.

145 Ahora bien, si no obstante la imposibilidad absoluta de que la persona del hijo se convierta en la del padre, y de que la primogenitura del uno sea la del otro, puede el hijo, segun los precitados autores, representar tanto la persona del padre como su primogenitura, ¿no será un manifiesto error é inconsecuencia afirmar é inferir de la imposibilidad de que el sexo femenino se convierta en masculino que la hija no puede representar el de su padre?

146 La representacion no es una identidad ó conversion de una cosa en otra, porque esta metamorfósis ó transformacion nadie ignora que una ley civil no tenia facultad para hacerla, sino un privilegio, como lo llama el señor Castillo, en donde pone la definicion de la representacion, en virtud del cual se le atribuye al representante la cualidad del representado, y se le subroga en todos los derechos pertenecientes á aquella cualidad. Asi se esplica el mismo señor Castillo en el número 9.º, en donde afirma que, segun la comun sentencia de los doctores, suceder representando la persona del padre no significa otra cosa que tomar el hijo el grado que le competia á su padre y todos los derechos que estaban inherentes á él.

147 Esta doctrina se halla establecida y apoyada por el derecho civil, y en especial en el §. 15, lib. 3.º, tít. 1.º *institutionum*, donde con referencia á los emperadores Teodosio y Arcadio afirma el emperador Justiniano que dichos emperadores les dieron á los nietos y biznietos que descendian de hembra el mismo grado y órden de suceder que á los que descendian de varon, cuya espresion de dar el grado no puede tener otra inteligencia ni esposicion sino la de conceder los derechos pertenecientes al grado, que es la proximidad de parentesco con aquel á quien habian de suceder.

148 Lo dicho basta para conocer hasta qué punto se alucinaron estos dos célébres escritores y sabios jurisconsultos para empeñarse en sostener que la imposibilidad de que el sexo de la hija se convirtiese en el del padre impedia que aquella representase á este en el sexo, lo que no se haria creíble á no verlo espresa y positivamente estampado en sus obras, mayormente cuando hasta los leguleyos saben que la herencia yaciente ó antes de aceptarse representa la persona del difunto, lo que hasta ahora á nadie le ha ocurrido de que debiera entenderse esta representacion de la persona, de hacerse una misma cosa con el difunto, sino de conservar y mantener en sí todos los derechos y obligaciones que competian al mismo.

149 Finalmente se presenta un argumento positivo y convincente de que el hijo no solo representa la primogenitura del padre, sino tambien su grado y sexo, fundado en el siguiente raciocinio: el que sucede por representacion de otro es necesario é indispensable que lo represente en todas aquellas cualidades por las que competia al representado la sucesion; es asi que esta se le debia, no solo por la primogenitura, sino tambien por el grado y el sexo, con que es á todas luces claro que la representacion debia estenderse á todas estas cualidades. Que al representado se le debia la sucesion no solo por la primogenitura, sino por el grado y sexo, se hace demostrable si se reflexiona que nada le aprovecharia la primogenitura, si no tenia la cualidad de la proximidad del grado en la misma línea, porque de lo contrario le escluiria el de grado mas próximo, ni tampoco le aprovecharia esta proximidad del grado si carecia de la cualidad del sexo masculino, porque en tal caso seria preferido para la sucesion el varon de igual grado, aunque fuese de menor edad y careciese de la cualidad de la primogenitura. Es tan constante é innegable que el que representa la persona de otro representa el grado y todos los demas derechos inherentes al grado que competirian al representado si viviese, que reconoce y confiesa esta verdad en términos espresos el mismo señor Castillo al número 9.º del cap. 19, como se ha dicho arriba, á pesar del empeño con que defiende que el hijo representando la persona de su padre solo representa la primogenitura, y no el grado y el sexo. En estas inconsecuencias es indispensable incurrir cuando se pone mas cuidado en referir las opiniones agenas que en discurrir sobre ellas.

150 Habiendo espuesto la primer parte de la ley que establece la regla de que en los mayorazgos se suceda por representa-

cion cuando ha faltado el inmediato sucesor en vida del poseedor del mayorazgo, corresponde tratar ahora de la segunda parte de la misma ley, que comprende una escepcion de la referida regla, reducida á que no tenga lugar la representacion siempre que el que constituyó el mayorazgo hubiese dispuesto que no se admitiese la representacion; en cuyo caso quiere la ley que se observe la voluntad del fundador.

151 Son varias las dudas que ocurren en este punto, las que propondré siguiendo el órden que sigue el señor Molina.

152 Antes conviene advertir que la disposicion del fundador para escluir la representacion no es necesario que sea espresa y específica, pues basta la tácita y virtual, con tal que las congeturas que la persuadan sean tan urgentes y claras, que no se les pueda dar otra inteligencia ó sentido, sin que á esto se oponga lo dispuesto en la ley 14, tít. 7.º, lib. 5.º de la Recopilacion, que hablando de este punto declara y manda que no se suceda por representacion, cuando el fundador lo espresa clara y literalmente, sin que para ello basten presunciones, argumentos ó congeturas, por precisas, claras y evidentes que sean, porque en lo legal se tiene por espreso y se llama asi todo aquello que se colige é infiere del sentido natural de las palabras de que se usa, aunque materialmente no se diga y esprese, como se deduce de la ley 6.ª, §. 1.º, ff. *de verborum significatione*, y lo prueba el señor Molina, lib. 1.º, cap. 17, número 27, y lib. 3.º, cap. 4.º, número 38 y siguientes, y en el cap. 7.º del mismo lib., número 5.º, donde afirma se llama espreso, evidente y manifiesto lo que se infiere por congeturas de las palabras de que se vale el que ordena ó dispone alguna cosa.

153 La primer duda que suscita el señor Molina la propone en estos términos: si cuando dispone el fundador que las hembras sean escluidas por los varones, se entiende fue su voluntad que no tuviese lugar la representacion.

154 Esta duda en realidad es mas propia para averiguar y aclarar si el mayorazgo que se fundó con dicha cláusula era de simple masculinidad ó de sucesion regular, que para manifestar y resolver si fue su ánimo escluir en él la representacion. Es constante que para que tenga lugar la representacion en la succesion de los mayorazgos es indispensable y preciso que tanto el representante como el representado no esten escluidos de la sucesion.

155 Dos son los modos con que se puede suceder ó venir á la sucesion: uno por derecho propio en virtud de un llamamiento específico ó general, y otro por representacion de la persona de un tercero; si, pues, el escluido de suceder no puede venir á la sucesion por derecho propio, es claro que tampoco puede suceder por representacion de la persona de otro, y es la razon porque aunque el representante representa al inmediato sucesor, siempre se verifica que sucede no al último poseedor, sino al fundador, y seria un manifiesto absurdo y contradiccion que habiéndole este escluido de la sucesion viniese á ser sucesor suyo contra su voluntad espresa, que es la ley decisiva en la sucesion de los mayorazgos, por lo que es verdadero decir que el que no puede suceder por derecho propio, no puede ser admitido á la sucesion por representacion de la persona de otro.

156 De lo dicho se convence que cuando el fundador escluye de la sucesion á ciertas personas por el mismo hecho se entiende qne las priva de la representacion, á causa de que dirigiéndose esta á la sucesion, estando escluidas por el fundador de poder suceder era inútil y supérfluo el concederles la representacion, y asi como si el fundador hubiese dispuesto que sus parientes seculares escluyesen á los clérigos de la sucesion, seria bien voluntaria la duda de si tambien los escluía de la representacion, lo mismo debe decirse en el caso propuesto por el señor Molina.

157 La duda, para que hubiera sido propia y análoga á la materia, debia haberse propuesto en términos, que sin privar de la sucesion á las personas, las hubiese inhabilitado para la representacion, como se verificaria si dijese el fundador que no entrase á suceder ningun nieto quedándole hijos al último poseedor, en cuyo caso no escluye el fundador de la sucesion á los nietos, pero los priva de representar las personas de sus padres, por que si faltase el hijo mayor en vida del poseedor, sucederia el hijo segundo con esclusion del hijo del primogénito, y si tambien faltaba el hijo segundo sin dejar hijos, entraria á suceder el nieto, hijo del primogénito, no por representacion, sino por ser el descendiente de grado mas próximo del último poseedor.

158 La distincion con que el señor Molina resuelve la duda que habia propuesto, tampoco es adecuada y conforme, porque decir que si los varones que escluian á las hembras eran de línea y grado mas remoto, se entendia estaban privadas de la representacion, pero no si eran del mismo grado y línea, es dejar sin resolver la duda, por que esta consiste en declarar y determinar si por la cláusula que propone de que las hembras sean escluidas por los varones, quiso dar á entender el fundador que estos habian de ser de línea y grado mas remoto ó de la misma; y la espresada duda no se resuelve con decir lo que debia observarse en cada uno de los casos de la distincion, sino que era necesario determinar y señalar cuál fue la voluntad del fundador, cuando usó de aquella cláusula, ó lo que es lo mismo, de cuál caso de los dos de la distincion fue su ánimo y voluntad hablar, lo que seguramente no hizo ni declaró el señor Molina con su distincion. Y asi deberia haber dicho que la voluntad del fundador cuando usó de aquella cláusula fue escluir de la sucesion á las hembras de línea y grado mas próximo por los varones de línea y grado mas remoto, porque cuando estos eran de línea y grado mas próximo ó igual con el de las hembras, no habia necesidad ni de escluir á estas, ni de darles á aquellos la preferencia que tenian por la ley.

159 La segunda duda que se propone resolver es si disponiendo el fundador que suceda en el mayorazgo el agnado ó cognado mas próximo, se debe presumir fue su ánimo escluir la representacion, y despues de citar varios autores por la sentencia afirmativa, entre los que refiere al señor Covarrubias, cap. 38 de sus prácticas, número 4.°, versículo tercio, y Antonio Gomez en la presente ley, número 41, se declara por la sentencia negativa en que en la sucesion de los mayorazgos tanto por su naturaleza como por la disposicion de la ley 2.ª, tit. 15, partida 2.ª, siempre debe suceder el pariente mas próximo, y sin embargo la presente ley admite la representacion; de que concluye, que si en el caso ó duda propuesta se entendiera escluida la representacion, no hubiera ningun mayorazgo en cuya sucesion debiera ser admitida, porque en casi todos se pone la clausula de que se defiera al pariente mas próximo.

160 Esta opinion del señor Molina no deja de tener alguna dificultad con respecto á las dos leyes que cita. No es cierto que por la ley de partida siempre se llame á la sucesion al pariente mas próximo, pues hablando de los descendientes dispuso que el señorío del reino lo heredasen siempre los que viniesen por línea derecha, con tal que en defecto de hijo varon sucediese la hija, y que si el hijo mayor muriese antes de heredar dejando hijo ó hija legítima, aquel heredase y no otro ninguno.

161 En esta parte la ley no llama en términos espresos al pariente mas próximo, ni podia hacerlo sin contradecirse en su resolucion, pues disponiendo que si el hijo mayor muriese dejando hijos legítimos antes de heredar, estos fuesen preferidos á otro cualquiera, es evidente que no llamaba á la sucesion al pariente mas próximo, porque los nietos, á quienes da la preferencia respecto de los tios hermanos de padre, estan en grado mas remoto respecto del abuelo, que los hijos de este, y es un dogma legal en la presente materia que cuando se sucede por representacion siempre se verifica que el pariente de grado mas remoto escluye de la sucesion al de grado mas próximo: de que se convence que habiendo establecido la ley de partida que la línea recta se sucediese por representacion, no llamó en todos casos al pariente mas próximo.

162 Esto mismo se convence del modo con que se esplica la misma ley, cuando trata de la sucesion de los colaterales; pues para el caso de que hayan fallecido todos los descendientes, llama al pariente mas cercano, y añade, con tal que sea hombre para ello, sin que haga la menor mencion de que el hijo represente la persona de su padre; ni podia hacerla sin incurrir en igual contradiccion que la que se ha notado arriba, y hubiera incurrido en la sucesion de la línea recta, si disponiendo que en ella se sucediese por representacion, hubiese llamado al pariente mas próximo, por encontrarse la misma contradiccion y repugnancia en llamar á la sucesion al pariente mas próximo y querer que sucediese por representacion, que en mandar que tenga lugar la representacion, y querer que suceda el pariente mas próximo, porque del mismo modo que es incompatible la representacion en el pariente mas inmediato, lo es la proximidad del parentesco con la representacion,

163 La ley de Toro nada determinó acerca del pariente mas próximo, habiendo limitado únicamente su disposicion á confirmar y á aprobar la representacion que la ley de partida habia ordenado se observase en la sucesion de la línea recta, y á estender igualmente la representacion á la línea colateral, con la condicion de que en una y otra línea no debiese tener lugar cuando el fundador dispusiera lo contrario.

164 De lo dicho se infiere que la opinion que sigue el señor Molina es harto dudosa atendidas las disposiciones de las dos leyes que cita; pero despues que por la ley 14, tít. 7.º, lib. 5.º de la Recopilacion se aclaró este punto, y se estableció por regla general, que en la sucesion de los mayorazgos se observe y tenga lugar la representacion, segun se halla ordenado en las leyes de partida y Toro, y que no se suceda por representacion, espresándolo clara y literalmente el fundador, sin que para ello basten presunciones, argumentos ó conjeturas, por precisas, claras y evidentes que sean, es fuera de toda duda que por el llamamiento que haga el fundador del pariente mas próximo no se entiende escluida la representacion, por no ser dicha cláusula clara y literalmente esclusiva de ella, como quiere la ley, á lo que se aumenta hallarse sabiamente dispuesto en el cap. 57 de las reglas de derecho en el 6.º, que contra aquel que pudiendo decir y manifestar su voluntad con mas claridad y no lo hizo, se ha de interpretar su disposicion; cuya regla la admitió y aprobó nuestro derecho real en la ley 2.ª, tít. 33, partida 7.ª de la significacion de las palabras.

165 La tercera duda consiste en si cuando manda el fundador que se suceda, salva la prerogativa del grado, se debe entender y presumir quiso escluir la representacion, aunque dice el señor Molina que la comun opinion es de que en este caso queda escluida, y cita ademas de los autores la auténtica *defuncto C. ad Tertulianum*; sin embargo, pretende que aunque en los fideicomisos y demas sucesiones que no vienen por derecho de mayorazgo subsista dicha opinion, en la sucesion de estos debe decirse lo contrario, lo que afirma con alguna desconfianza, y se funda en que la línea de primogenitura debe preceder á todas las demas, aunque los descendientes de ella esten en grado mas remoto, de que infiere que de ningun modo la prerogativa del grado puede destruir la de la línea; pero esta razon es del todo infundada é insuficiente, porque alegar que la línea de primogenitura es preferente á todas las demas, no quiere decir otra cosa sino que la ley le dá esta preferencia, y cuando se trata de averiguar si la voluntad del testador fue contraria á la disposicion de la ley, es cosa bien estraña, inútil é inconducente el citar lo dispuesto por esta.

166 Tambien se vale de una distincion para interpretar las palabras del fundador, que no es mas feliz que la razon alegada arriba: se reduce, pues, la distincion á decir que la prerogativa de grado que quiere el fundador que se observe, es dentro de la misma línea de primogenitura, pero no en diversa. Con dificultad podria atribuirse al fundador una advertencia mas supérflua é inútil, porque no habiéndose dudado por ninguno hasta ahora que dentro de cualquiera línea siempre se observa la prerogativa del grado en la sucesion de los mayorazgos, era bien escusado y ocioso que el fundador hiciera semejante advertencia.

167 La opinion de que en este caso debe entenderse escluida la representacion, ademas de los autores que la defienden, tiene á su favor la terminante decision de la auténtica citada, en donde se dice "que muerto un hijo sin dejar descendientes deben sucederle sus padres, salva la prerogativa del grado," con cuya espresion manifiesta la auténtica que han de suceder segun la mayor proximidad de grado, de que se convence que la cláusula ó espresion de salva la prerogativa del grado no se puede entender de otro modo, sino por un equivalente á la mayor proximidad de grado, la que es esclusiva de la representacion, como repetidas veces se ha dicho y se demuestra hasta la evidencia en el caso de que trata la auténtica, pues habla de la sucesion de los ascendientes á sus descendientes; en cuyo caso las leyes ni los autores no admiten la representacion.

168 El padre Molina en el tom. 3.º *de justitia et jure*, disputacion 629, número 4.º, sigue la opinion del señor Molina sin añadir nada de importancia, y lo mismo hace el señor Castillo en el núm. 319 del capítulo tantas veces citado, en donde reprende la timidez con que el señor Molina espuso su opinion, y afirma con valentía no solo que es cierta, sino muy verdadera.

169 Sin embargo de lo que dejo espuesto acerca de la poca solidez de la opinion del señor Molina con respecto á las leyes de partida y de Toro, es forzoso decir que despues que se estableció la citada ley 14, tít. 7.°, lib. 5.° de la Recopilacion, es enteramente cierta la opinion del señor Molina por regir en ella los mismos principios que en la duda anterior.

170 La duda que propone en cuarto lugar estriba en si diciendo el fundador que le suceda su hijo mayor en edad se debe entender fue su voluntad escluir la representacion, y que el hijo segundogénito, caso de haber muerto el primogénito, fuese preferido al hijo de este, y resuelve el señor Molina como en las dudas anteriores que no se entiende escluida la representacion; pero séase lo que se fuere de esta opinion con respecto á la ley de partida y de Toro, lo cierto es que despues que se estableció la ley 14 citada ya no puede quedar la menor duda de que es cierta y verdadera la opinion del señor Molina. Del mismo dictámen es el señor Rojas de Almansa, disputa 1.ª, cuestion 1.ª, §. 9.°, número 208, donde examina este punto.

171 Mas árdua, intrincada y dificil es la duda que suscita el señor Molina en quinto lugar, dirigida á si el llamamiento que haga el fundador del hijo primogénito que le sobreviviere, esto es, del hijo mayor que permaneciese vivo al tiempo de la muerte del último poseedor deberá entenderse esclusivo de la representacion, de forma que el hijo segundogénito sea preferido al hijo del primogénito. A continuacion advierte que no es su ánimo resolver la duda propuesta por hallarse pendiente un pleito muy empeñado sobre ella, y asi dice se limitará á proponer algunas razones por una y otra parte.

172 En apoyo de la opinion afirmativa alega de que las palabras de que usó el fundador manifiestan no fue su voluntad llamar á la sucesion al mero primogénito, sino determinadamente al que lo fuese al tiempo de la muerte del último poseedor, por lo que aunque en los mayorazgos regularmente el nieto hijo del primogénito escluya al hijo segundogénito, en el presente caso no tiene lugar esta esclusion, por no haberse radicado en ningun tiempo la cualidad de la primogenitura en el hijo primogénito, ni hallarse escluido el segundogénito; antes bien este, caso de que sobreviva á su hermano, podrá decirse primogénito al tiempo de la muerte del último poseedor, y no el que murió antes, y á continuacion llena una columna entera de citas de autores que siguen esta opinion.

173 En favor de la contraria negativa propone que la condicion puesta por el fundador proviene de derecho, y que aunque se ponga en la persona del hijo se verifica tambien en el nieto, cuyo padre ha premuerto, y completa casi media columna de citas de autores de esta sentencia. Finalmente, en confirmacion de esta opinion trae la ley 2.ª, tít. 15, partida 2.ª, que llama á la sucesion al hijo primogénito para despues, y sin embargo dispone la misma ley que si premuere el padre debe ser admitido el hijo y el nieto del poseedor con esclusion del tio.

174 Como el señor Molina no manifestó su dictámen en esta duda por la razon que indica, y por otra parte aunque ofreció hacerlo en la 2.ª edicion de su obra, no se verificó, es ocioso é inútil indagar cuál fue su opinion, y tambien lo es el querer examinar cuál de las dos opiniones es mas arreglada y conforme con respecto á la ley de partida y de Toro, por tener ya una decision mas clara y terminante en la ley 14 tantas veces citada, que pide una espresion clara y literal del fundador para escluir la representacion sin que para ello basten presunciones, argumentos y congeturas, por claras y evidentes que sean.

175 Sin embargo que el señor Molina en las cuatro dudas primeras opina que no se escluye la representacion, al fin de este capítulo manifiesta la desconfianza que tiene de su opinion, y advierte á los lectores que tanto lo que ha dicho en este capítulo como en los dos anteriores, mas se debe tener por disertacion que como una resolucion positiva de su dictámen y opinion.

176 El señor Castillo se propone esta duda en el número 336 del capítulo citado, y se declara por la sentencia negativa en el número 342, y á continuacion satisface á los argumentos de Avendaño, que sigue la opinion contraria.

Ley XLI de Toro; es la 1.ª, tít. 7.°, lib. 5.° de la Recopilacion.

Mandamos que el mayorazgo se pueda probar por la escriptura de la institucion del, con la escriptura de la licencia del Rey que la dió, seyendo tales las dichas escrip-

turas que fagan fee, ó por testigos que depongan en la forma que el derecho quiere del tenor de las dichas escripturas, é assi mesmo por costumbre immemorial probada con las calidades, que concluyan los pasados haber tenido é poseido aquellos bienes por mayoradgo, es asaber que los hijos mayores legítimos é sus descendientes subcedian en los dichos bienes por via de mayoradgo, caso que el tenedor del dejasse otro fijo ó fijos legítimos, sin darles los que subcedian en el dicho mayoradgo alguna cosa ó equivalencia por subceder en él: é que los testigos sean de buena fama, é digan que ansi lo vieron ellos passar por tiempo de cuarenta años, é assi lo oyeron decir á sus mayores é ancianos que ellos siempre asi lo vieran é oyeran, é que nunca vieron ni oyeron decir lo contrario é que dello es pública voz é fama, é comun opinion entre los vecinos y moradores de la tierra.

COMENTARIO

á la Ley 41 *de Toro.*

1 Dispone la presente ley que el mayorazgo se pueda probar por la escritura de fundacion y por la licencia del Rey para hacerlo, estando dichas escrituras en legítima forma. Tambien permite se pueda probar la fundacion por testigos que depongan en la forma prevenida por derecho, lo que deberia resultar de las espresadas escrituras, si hubiese llegado á otorgarse, é igualmente concede que pueda probarse la fundacion por costumbre inmemorial de la que resulte que los pasados habian tenido y poseido aquellos bienes por de mayorazgo, esto es, que los hijos mayores legítimos y sus descendientes sucedian en ellos por via de mayorazgo; y aunque el poseedor dejase otros hijos legítimos, no les daba el que sucedia en el mayorazgo cosa alguna por suceder en él, y quiere que los testigos hayan de ser de buena fama y declaren que vieron pasar lo que dicen por tiempo de cuarenta años, y que oyeron decir á sus mayores y ancianos que ellos siempre asi lo vieron y oyeron decir, y que nunca vieron ni oyeron decir lo contrario, y que lo dicho es de pública voz y fama y comun opinion entre los vecinos y moradores de la tierra.

2 Por el hecho de espresar la ley que el mayorazgo se puede probar en la escritura pública de su fundacion, manifiesta y da á entender que la escritura pública no es necesaria ni se requiere por forma para la institucion de mayorazgo, sino que es conveniente para la mas fácil prueba, como asi lo sienta entre otros Antonio Gomez al número 2.º de esta ley, y el señor Molina en el lib. 2.º, cap. 8.º *de primogenitis*, número 1.º, y se convence esto mismo de la ampliacion que á continuacion concede la ley de que el mayorazgo se puede probar por prueba de testigos, pues si estableciera que fuera necesaria la escritura pública para la fundacion del mayorazgo era una inconsecuencia manifiesta el que se permitiera se pudiese probar su fundacion por testigos. Pero esto no se ha de entender en el caso que el mayorazgo se instituya en testamento *in scriptis*, porque entonces es necesario *pro forma* la escritura pública, como observa el señor Molina en el número 6.º del lugar citado.

3 Mas dificultad ofrece la duda de si la licencia ó gracia del Príncipe para la fundacion del mayorazgo ha de constar por escritura pública. El señor Molina en el número 8.º del referido capítulo afirma que la gracia ó licencia del Príncipe ha de constar por escritura pública, y cita en comprobacion la ley 2.ª, tít. 18 de la partida 3.ª, en donde por menor se refieren los requisitos y solemnidades, con que se han de estender los privilegios de los Príncipes, y afirma que aunque la gracia del Príncipe se entienda perfecta y completa por la palabra *fiat*, sin embargo, para su prueba se requiere la escritura pública, sin que baste la prueba de testigos. Del mismo dictámen es Velazquez y Avendaño en la glosa 2.ª de esta ley, número 4.º y siguientes; donde cita otros comentadores de su misma opinion; pero Antonio Gomez en el número 2.º positivamente afirma que la gracia y privilegio del Príncipe ó del sumo Pontífice no requiere escritura pública *pro forma* en substancia, sino para la mas facil prueba, de que infiere que si el Rey ó sumo Pontífice concede algun privilegio, y sucede que muera antes que se estienda la escritura, si se puede probar por testigos ó de otro modo no se pierde la gracia ó concesion, la que debe entenderse hecha por el mismo que la otorgó, y no por su sucesor. Tambien trae en confirmacion de su opinion que cuando se pierde alguna escritura, bien se requeriese por forma ó por solemnidad, se puede probar su tenor

por probanza de testigos, como espresamente se resuelve en el capítulo *Albericus de testibus*, y en el 12 *de privilegiis*.

4 Esta opinion de Gomez la tengo por mas fundada y conforme á la espresion literal de la presente ley de Toro, la que despues de establecer que se pueda probar el mayorazgo por la escritura de fundacion y con la escritura de la licencia del Rey que la dió (siguiendo el mismo concepto), continúa diciendo, ó por testigos que depongan, en la forma que el derecho quiere, del tenor de las dichas escrituras, de cuya espresion literal manifiestamente se convence que la misma prueba de testigos admite para probar el tenor de la escritura de la licencia del Rey para la fundacion del mayorazgo, que la de la fundacion, pues de lo contrario no diria la ley que se pudiese probar por testigos el tenor de dichas escrituras, que eran las que dejaba espresadas de la fundacion y licencia del Rey, sino que deberia haber limitado la facultad de probar por testigos á solo la escritura de la fundacion del mayorazgo, lo que en realidad no hizo.

5 Esto manifiesta la inconsecuencia en que incurren los autores de la opinion contraria, pues reconociendo que la fundacion del mayorazgo no exige necesariamente que se pruebe por escritura pública, por decir la ley que se puede probar por ella, de que infieren que se puede probar por testigos, admitiendo la misma ley que el tenor de la escritura de licencia de la fundacion se puede probar por testigos, se obstinan en afirmar que la licencia del Rey debe constar y probarse únicamente por escritura pública.

6 El P. Suarez en el libro 8.º, capítulo 2.º de su celebrada obra *de legibus*, se propone examinar la duda de si la escritura es de substancia del privilegio, y resuelve que no, y entre varias razones y autoridades que alega en favor de su opinion afirma que no hay ley alguna que exija la escritura para que sea válido y tenga efecto el privilegio: que siendo el privilegio una ley privada, y no requiriendo la ley la escritura de substancia, tampoco ha de ser necesario en el privilegio: que este por su naturaleza tampoco requiere escritura, porque basta la voluntad y potestad del Príncipe, declarada por palabras ó por la costumbre: que la palabra no es signo menos eficaz que la escritura para manifestar y dar á entender la voluntad del que la profiere, aunque no sea tan permanente como la escritura, á no ser que espresamente se mande que la gracia ó licencia haya de constar por escrito, como lo requiere espresamente el concilio de Trento en el capítulo 5.º de la sesion 25 *de regularibus*, en la licencia que debe obtener del superior el que haya de entrar en la clausura de algun monasterio de religiosas. La misma solemnidad de escritura exige la real instruccion formada para la observacion de la ley 1.ª, lib. 1.º, tít. 4.º de la Recopilacion, en la que refiriéndose las condiciones bajo las cuales los clérigos de corona habian de gozar del beneficio del fuero, se dice en el número 3.º que la asignacion que haya de hacer el obispo de algun clérigo de corona al servicio de cierta iglesia, ó para que estudie en alguna universidad, haya de hacerlo por escrito.

7 Gonzalez Tellez examinando este punto de si para el valor del privilegio es necesaria la escritura, en el capítulo 7.º *de privilegiis* sigue en todo la opinion de Suarez, y la confirma con varios textos canónicos terminantes en la materia.

8 El segundo medio con que permite la ley se pueda acreditar la fundacion de mayorazgo, es la prueba de testigos, que deberán ser tres en número, segun la ley 45, ó á lo menos dos, con arreglo á lo que se previene en la ley 114, tít. 16, partida 3.ª, en los que deben concurrir las cualidades que el derecho requiere, y sus declaraciones han de ser en la forma prevenida por las leyes del reino para que hagan prueba, debiendo resultar de ellas que tal persona fundó vínculo ó mayorazgo, para que sucediesen en él los que llamaba por el órden establecido por el fundador.

9 Si el mayorazgo fue fundacion de algun ascendiente que incluyó en él la legítima del primer llamado, ó de otros que tenian derecho á suceder, deberá ademas de lo dicho constar de las disposiciones de los testigos que el fundador obtuvo real licencia para gravar las legítimas de sus descendientes.

10 He dicho si el fundador fuese ascendiente, é incluyese en la fundacion las legítimas de sus herederos, porque siendo colateral ó estraño, ó no tocando á las legítimas de los que le han de heredar, no será necesario acreditar que ha intervenido la licencia del Rey para la fundacion, á

causa de que por la ley 27 de Toro se concede á los ascendientes facultad para fundar mayorazgo del tercio de sus bienes, observando las condiciones prevenidas en dicha ley, y tambien del quinto, del que les es permitido disponer entre estraños, y competiendo igual facultad de disponer de sus bienes entre los estraños á los parientes colaterales y demas que carecen de herederos legítimos, es fuera de toda duda en los casos referidos no se necesita hacer constar que ha precedido la licencia del Rey para hacer la fundacion.

11 Esta facultad que se concedia por la ley de Toro para vincular el tercio de los bienes á favor de los descendientes, y tambien el quinto, en el dia se halla prohibida y derogada por la real cédula de 28 de Abril de 1789, en la que se manda que ninguno pueda fundar mayorazgo, aunque sea por via de agregacion ó mejora de tercio y quinto, y aunque los fundadores no tengan herederos forzosos, sin pedir primero y obtener real licencia.

12 El tercer medio que propone la ley para hacer constar la fundacion del mayorazgo es la costumbre inmemorial, y antes de esponer el modo y forma con que se ha de probar es muy conveniente y aun preciso examinar la naturaleza y efectos que produce esta costumbre, y si se llamará con mas propiedad prescripcion. Para esto se hace indispensable notar la diversidad que se advierte entre la costumbre y prescripcion.

13 Por aquella se adquiere derecho en comun á todos los individuos que componen el pueblo ó universidad, sin que á ninguno aproveche ni perjudique en particular, de que se sigue que tanto el que adquiere el derecho por la costumbre, como el que lo pierde, no puede ser persona cierta y determinada. Lo contrario sucede en la prescripcion, porque por su medio el particular y no la universidad adquiere para sí, y causa perjuicio á la persona particular contra quien prescribe, de que nace y resulta un derecho privado entre el que prescribe y aquel contra quien prescribe, cuando la costumbre á diferencia de la prescripcion constituye un derecho público, respecto de todos aquellos que tienen interés en la materia en que se versa.

14 De lo dicho se deduce que cuando un particular frecuenta actos contra la universidad, ó esta contra algun particular, se debe llamar con mas propiedad prescripcion que costumbre, y como en el caso de esta ley se trata de la repeticion de actos de alguno ó algunos particulares contra otros de igual clase, se convence debe mas bien llamarse prescripcion, como asi la llama la ley 1.ª y 2.ª, tít. 15, lib. 4.º de la Recopilacion, en donde se trata de la posesion inmemorial, por la que se supone adquieren los particulares las villas y lugares, y las jurisdicciones civiles y criminales, como todo lo espuesto lo reconoce el señor Covarrubias en el capítulo *Possesor.*, §. 3.º, número 2.º, y de Matienzo, glosa 6.ª á esta ley.

15 Es cierto que en el capítulo 26 *de verborum significatione* se dice que lo que se tiene por costumbre antigua de tanto tiempo, que no haya memoria en contrario, se entienda legítimamente adquirido, con tal que no esté espresamente prohibida su adquisicion, como sucede en las alcabalas que espresamente se prohiben poderse adquirir, aunque sea por costumbre inmemorial, ley 2.ª, tít. 15, lib. 4.º de la Recopilacion, como si lo fuera por concesion de los Emperadores, Reyes ó de algun concilio, y en las leyes 1.ª y 2.ª *de aqua pluv. arc.* espresamente se afirma que la antigüedad tiene virtud y fuerza de ley; por lo que el señor Menchaca en el libro 2.º, capítulo 83 de sus cuestiones ilustres, número 23, resueltamente afirma que la posesion y uso de tanto tiempo que no haya memoria en contrario, impropia y absurdamente se llamaria prescripcion, sino que se debe decir y llamar costumbre; pero este mismo autor en el número 31, proponiendo las diferencias que median entre la prescripcion y costumbre, reconoce sin ninguna limitacion que cuando uno puede adquirir contra otro, ó contra alguno ó contra todos, no se puede decir que es por costumbre porque esta liga á todos, y no se puede introducir sino por todo el pueblo ó la mayor parte, de que infiere que cuando la menor parte del pueblo ó algunos particulares adquieren contra alguno ó algunos ó contra todos no se podia entender ni decir que se adquiria por costumbre; con que segun estos principios que reconoce el señor Menchaca, siempre que la posesion de tanto tiempo que no haya memoria en contrario no se haya adquirido por todo el pueblo ó la mayor parte, sino por un particular contra alguno ó algunos, tan lejos está de que impropia y absurdamente se llame prescripcion y no cos-

tumbre, que antes sería un manifiesto absurdo llamarla costumbre y no prescripcion.

16 El señor Molina habiéndose propuesto en el capítulo 6.º del libro 2.º *de primogenitis*, número 9 y siguientes, examinar si la costumbre inmemorial de que habla la presente ley de Toro era verdadera costumbre, ó deberia llamarse prescripcion, despues de haber referido algunas de las diferencias menos substanciales que median entre la costumbre y prescripcion, resuelve que en el caso presente se debe mas bien llamar costumbre que prescripcion, y cita en comprobacion de su dictámen el capítulo 26 *de verborum significatione*, que se ha referido, y la espresion ó proposicion del señor Menchaca que queda ya anotada, y á continuacion afirma que dicha proposicion podria admitirse, no porque sea propiamente costumbre, sino porque tiene veces de tal; pero teniendo esta costumbre mas veces y efectos de prescripcion, como se ha manifestado arriba, se convence que no hay fundamento verdadero para llamarla mas bien costumbre que prescripcion.

17 Ni guarda consecuencia el señor Molina cuando despues de haber dicho que la costumbre inmemorial se ha de llamar mas bien costumbre que prescripcion, reconoce que propiamente no es tal costumbre, sino que tiene veces de tal, pues si propiamente no es costumbre, no puede ser absurdo el no darle el nombre que no debe corresponderle mejor que el de prescripcion.

18 Esta costumbre que, como queda manifestado, mas bien se ha de llamar prescripcion, tiene de particular que regularmente no se requiere que se pruebe haber intervenido en ella la ciencia ó consentimiento, ó porque la naturaleza de esta prescripcion no lo pide, ó porque el transcurso de tanto tiempo que no hay memoria en contrario la presume y supone, á no ser que se trate de adquirir unos derechos incorporales, cuyo uso y ejercicio lo resiste el derecho, segun el señor Covarrubias, *in cap. possesor*, parte 2.ª, §. inicial, y el mismo señor Molina en el libro 2.º, capítulo 6.º, número 15 *de primogenitis*.

19 Manifestada ya la naturaleza y efectos de la costumbre ó prescripcion inmemorial se sigue tratar ahora de las cualidades con que debe probarse, reducidas á las que han de concurrir en las personas de los testigos y en las de sus deposiciones.

20 Exige la ley que los testigos que hayan de declarar sean de buena fama, cuya cualidad se ha de articular y probar específicamente, sin que baste la presuncion comun y general de que á cualquiera se presume bueno hasta que se le pruebe que no lo es, porque cuando la ley exige *pro forma* una cualidad, es indispensable que se acredite en debida forma, por lo que afirman los comentadores que se ha de articular y probar la buena fama de los testigos que han de declarar en la costumbre ó prescripcion inmemorial, y que de otro modo no harán fé sus disposiciones, como lo afirma el señor Molina en el capítulo 6.º del lib. 2.º, números 29 y 30, y el señor Castillo en el libro 6.º de sus controversias, capítulo 27, número 6.º

21 La disposicion de nuestra ley en esta parte parece dimanada del capítulo 23 *de testibus*, en que se previene que los testigos sean personas graves, y de las leyes 15, tít. 9, partida 4.ª, y la 17, tít. 16, partida 3.ª, en donde se ordena que los testigos hayan de ser de buena fama.

22 La cualidad de la buena fama de los testigos ha de ir acompañada de la edad que han de tener. Como la ley exige *pro forma* que declaren que han visto por tiempo de cuarenta años lo que se articula, se origina la duda de la edad que deberán tener cuando hagan esta declaracion, y como por la ley 3.ª, tít. 16, partida 3.ª se señala la edad de catorce años para que el testigo pueda comparecer en juicio á declarar en asuntos civiles, infieren algunos espositores que los testigos para esta inmemorial han de ser por lo menos de cincuenta y cuatro años, para que se pueda verificar que despues de cumplidos los catorce años ha transcurrido el tiempo de los otros cuarenta años á que se han de estender sus declaraciones.

23 Otros, cuya opinion es mas fundada y conforme á la ley, pretenden que basta que hayan cumplido cincuenta años y medio, y se fundan en que aunque la ley requiere la edad de catorce años para presentarse á declarar en juicio en materias civiles, sin embargo permite que los testigos de esta edad puedan hacer sus declaraciones de lo que vieron antes de haberla cumplido, como espresamente se ordena en la misma ley por estas palabras: "é non tan solamente podrian testiguar estos de suso nombrados en esta ley en las cosas que vieron ó que supieron en la sazon que eran

en esta edad; mas aun en todas las otras que hubiesen antes visto ó sabido que bien se acordasen." Con que es claro que pudiendo el testigo declarar lo que vió antes de haber cumplido los catorce años, no se sigue que para que declare del tiempo de cuarenta años que exige la presente ley han de haber transcurrido los espresados cuarenta años desde que cumplió los catorce.

24 No siendo, pues, necesario que los testigos en el caso de la presente ley hayan de tener catorce años sobre los cuarenta que han de comprender sus declaraciones, han regulado los autores que los testigos podrán declarar válidamente de aquellas cosas que vieron en la menor edad, cuando eran capaces de dolo, ó estaban próximos á la pubertad, regulando esta capacidad de dolo por el transcurso de la mitad del tiempo que media desde que se concluyó la infancia al cumplir los siete años hasta la pubertad, que se acaba á los catorce, y como esta mitad de tiempo de siete hasta catorce es de tres años y medio, infieren los comentadores que los testigos pueden declarar de lo que vieron cuando tenian cumplidos diez años y medio, y contando desde entonces los cuarenta años que se requiere por la presente ley, concluye que bastará que la edad de los testigos sea de cincuenta años y medio cumplidos, como asi lo espresan entre otros autores nacionales el señor Molina en el citado capítulo, números 40 y 41, y el señor Castillo en el capítulo espresado, número 7.º, donde cita á otros varios de esta misma opinion.

25 Espuestas ya las cualidades de que han de estar adornadas las personas de los testigos, de ser de buena fama y haber cumplido cincuenta años y medio de edad, resta ver ahora las que han de acompañar á sus disposiciones. En primer lugar han de declarar que vieron lo que se articula por espacio de cuarenta años, cuyo requisito espresamente lo pide la ley, sin que baste el que digan que lo vieron por todo el tiempo de su vida, pues como la de unos podria ser mas larga que la de otros, no se uniformarian en sus disposiciones; y para evitar este inconveniente dispuso nuestra ley fijar el tiempo á que se debian estender sus declaraciones.

26 Estos cuarenta años deben haber transcurrido y completádose antes de la contestacion del pleito, pues interrumpiéndose la presentacion por la demanda y su contestacion, los años posteriores y sucesivos á ella no pueden aprovechar para prueba de la prescripcion, como se manifiesta en la ley 26, C. *de rei vindicatione*, y lo afirman los señores Leon, tít. 3.º, *dec.* 24, número 2.º, Sesé *dec.* 394, número 20, y el señor Crespi, *ob* §. 14, número 15 y siguientes.

27 En segundo lugar pide que declaren igualmente que oyeron á sus mayores que asi lo vieron pasar por todo el tiempo de sus vidas.

28 En tercer lugar quiere la ley declaren los testigos que estos mayores á quienes habian oido decir lo que se articula, lo habian ellos oido tambien decir á los que les precedieron, á cuyo requisito llaman nuestros espositores segundas oidas, el cual ha tenido orígen por la presente ley, pues hasta que se formó ningun cánon ni ley exigia este requisito para probar la inmemorial.

29 Es cierto que por la ley 29, título 16, partida 3.ª, se dispone que para probar un hecho antiguo han de declarar los testigos que oyeron decir á otros que vieron hacer la obra, cuyo orígen se quiere averiguar, ó que oyeron decir á otros que ellos vieron á quien la hizo, en cuya esposicion claramente se comprenden las segundas oidas; pero como en este caso únicamente se trata de averiguar el orígen y principio de un hecho antiguo, y en la prueba de la inmemorial se trata de acreditar que no hay memoria de su principio, es claro que hasta que la presente ley estableció las segundas oidas, no fueron necesarias para la prueba de la inmemorial.

30 A pesar de la espresa disposicion de la ley en esta parte, pretende el señor Covarrubias en el capítulo *possesor.*, parte 2.ª, §. 3.º, número 8.º, que en la práctica se admite muchas veces la prueba de la prescripcion inmemorial, sin que conste de las segundas oidas, y el señor Molina en el citado cap. 6.º, número 33, despues de referir la opinion del señor Covarrubias, afirma que le parece mas conforme que los jueces no omitan la forma prescripta por la ley, ni que la sigan escrupulosamente, porque la omision de una pequeña solemnidad no debe viciar el acto, por lo que concluye que este punto se debe resolver teniendo consideracion á la cualidad del negocio de las personas y de los testigos; pero como ni el señor Covarrubias ni el

señor Castillo han hecho constar que el requisito de las segundas oidas es de pura solemnidad, ni debe omitirse en la práctica su observancia, ni dejarse al arbitrio de los jueces, como indica el señor Molina.

31 Juan García en el capít. 9.º *de expensis*, números 9.º y 10, tratando este punto distingue dos casos, uno en que la materia sea odiosa, esto es, que la resiste el derecho, y otro en que no será odiosa la materia ó no la resista el derecho. En el primer caso afirma que en la Audiencia de Galicia se observaba exactamente la prueba de las segundas oidas, pero no en el segundo, cuya decision se ve que no tiene otro fundamento que la arbitrariedad del autor y de los jueces. Con mas razon aconseja Acevedo en el número 27 del Comentario á esta ley, que no se omita en la prueba de la inmemorial articular las segundas oidas, por haber visto que en algun caso por haberse omitido se dudó del valor de la prueba, y afirma que en el capítulo 33 de las cortes que se celebraron en Madrid el año de 1573, se pidió y suplicó que no se preguntase á los testigos sobre las segundas oidas, y se negó la peticion. Hasta aqui Acevedo, de que debe inferirse continúa la obligacion de haberse de acreditar las segundas oidas en la probanza de la inmemorial.

32 Las opiniones, pues, de los señores Covarrubias y Molina, que coinciden en lo mismo, y la distincion que propone García, podrán admitirse y tener lugar cuando la ley admite la prescripcion inmemorial sin espresar los requisitos con que se ha de probar, como sucede en la ley 1.ª, tít. 21, lib. 9.º de la Recopilacion, que habla de la prescripcion de las tercias reales, pero cuando las leyes espresa y determinadamente exigen que se hagan constar por las disposiciones de los testigos las segundas oidas, en ninguna manera pueden ser admitidas las opiniones referidas, por si incurririan en el absurdo de atribuirles virtud para derogar las disposiciones de las leyes, como es la presente, que previene y señala los requisitos con que se ha de probar la inmemorial en los mayorazgos, y la 1.ª, tít. 15, lib. 4.º de la Recopilacion, que tratando de la prescripcion de las jurisdicciones de villas y lugares, espresamente ordena que la posesion inmemorial se haya de probar segun y como, y con las calidades que la ley de Toro requiere, y la 8.ª del mismo título, que tratando de la posesion inmemorial con que adquieren los señores de los pueblos los derechos que exigen de sus vecinos, espresamente dispone que se haya de acreditar con las calidades y circunstancias que por derecho y leyes de estos reinos se requieren, y como la referida ley 8.ª es de fecha posterior á la de Toro, por ser de don Cárlos I., es claro se refirió á ella en su disposicion, y por esta misma ley 8.ª se declaró la 2.ª, título 3.º, lib. 6.º de la Recopilacion, que hablando del mismo asunto de señores y vasallos establece que les sea guardado el uso y costumbre que hubiere en razon de exigir ó pagar derechos de tanto tiempo acá que memoria no sea en contrario, sin espresar el modo y circunstancias con que se habia de probar esta inmemorial.

33 Tambien dudan en esta materia los autores si los testigos que deponen de oidas á sus mayores deben espresar sus nombres para venir en conocimiento de sus personas. El señor Castillo en el capítulo citado, número 14, positivamente afirma que no es necesaria esta circunstancia, por no espresarla la ley, ni ninguno de los autores nacionales que han escrito sobre el modo de probar la inmemorial, espresando que todos los habia visto; pero sin embargo el señor Crespi en la observacion 14, número 31 y siguientes, tratando de este punto, y haciéndose cargo de lo que habia dicho el señor Castillo, resueltamente afirma que es requisito indispensable para la prueba de la inmemorial que los testigos espresen los nombres de aquellos á quienes oyeron lo que refieren. Se funda para esto en que si la ley no espresó este requisito, se entiende que lo dejó á la disposicion del derecho comun, á mas de que si los testigos solo hubieran oido á uno lo que deponen, ninguna prueba harian sus dichos, como terminantemente se espresa en el capítulo 47 *de testibus*, por la razon de que no bastando el dicho de un solo testigo para hacer prueba, tampoco deben valer los dichos de los testigos que se refieren á uno.

34 Tambien dice se podria incurrir en el inconveniente de que no espresando los testigos los nombres de los mayores á quienes se referian, podria verificarse que estos estuvieran aun vivos, pues el decir que habian oido de ellos lo que referian, no era afirmar que habian muerto, y la deposicion de un testigo de oidas á otros que aun

viven ninguna prueba hacen si ellos mismos no declaran; como lo resuelve la ley 28, tít. 16, partida 3.ª

35 Tambien podia verificarse el inconveniente de que el testigo se refiriese á uno ó mas antiguos, y otro á diversos, en cuyo caso no estarian contestes, y se debilitaria la prueba, como lo indica en este idéntico caso el señor Leon en la decision 8.ª, número 8.º y siguientes, por cuyos fundamentos parece mas arreglada y segura la opinion del señor Crespi, á que se conforma la práctica que se observa en la Audiencia de Aragon en la probanza que se hace de la inmemorial para acreditar las infanzonías.

36 No es menos indispensable que los testigos que deponen de la inmemorial no solo afirmen que vieron lo que se articula por el tiempo de sus vidas, sino que es absolutamente necesario que declaren acerca de la negativa, asegurando positivamente que nunca vieron ni oyeron decir lo contrario, como espresamente se ordena en la presente ley, que en esto va conforme con el derecho comun.

37 Debe por último articularse y probarse que lo que deponen los testigos es público de voz y fama y comun opinion entre los vecinos, sin que baste el que diga que es público, porque aunque esta palabra sea equivalente á la prueba de la fama, no equivale á la prueba que se requiere de la opinion comun, como lo observa el señor Molina en el referido capítulo 60, número 37, por ser principio sentado que cuando alguna cosa se requiere por forma, se ha de cumplir y especificar, sin que baste el que se ponga por equivalencia.

38 Recopilando la disposicion de esta ley, se reduce á que el mayorazgo ó vinculacion de bienes se haya de probar con la escritura original de su fundacion, y la licencia del Rey para hacerla, que en defecto de estas escrituras se pueda probar por testigos que depongan de su tenor, y en defecto de una y otra prueba se pueda acreditar la fundacion por costumbre inmemorial, lo que ha de constar por testigos que sean de buena fama, y afirmen que vieron lo que se articula por tiempo de cuarenta años anteriores á la introduccion de la demanda, y que asimismo afirmen que lo mismo oyeron decir á sus mayores y ancianos, y que estos asi lo vieron por el tiempo de sus vidas, y tambien oyeron decir lo mismo á sus mayores, debiendo espresar los testigos los nombres de aquellos á quienes lo oyeron, y que afirmen igualmente que nunca vieron ni oyeron decir lo contrario de lo que articulan, y que todo lo dicho es pública voz y fama y opinion comun entre los vecinos.

Ley XLII de Toro; es la 3.ª, tít. 7.º, lib. 5.º de la Recopilacion.

Ordenamos é mandamos que la licencia del Rey para facer mayoradgo, preceda al hacer del mayoradgo; de manera, que aunque el Rey dé licencia para facer mayoradgo, por virtud de la tal licencia no se confirme el mayoradgo, que de antes estubiere fecho, salvo si en la tal licencia espresamente se digesse que aprovaba el mayoradgo que estaba fecho.

COMENTARIO

á la ley 42 de Toro.

1 Dispone la presente ley que la licencia del Rey para hacer mayorazgo ha de preceder á la fundacion del mismo, de forma que en virtud de dicha licencia no se convalide el mayorazgo que antes se hubiere hecho, á no ser que en la licencia espresamente se dijere que se aprobaba el mayorazgo antes hecho.

2 Antonio Gomez en el Comentario á esta ley comprueba su resolucion con varias decisiones legales que refiere, como son: que la licencia ó consentimiento del padre debe preceder para que el hijo admita la herencia, ley 25, §. 4.º, ff. *de adquirenda hereditate*: que la licencia y consentimiento del padre debe preceder para que el hijo comparezca en juicio, ley final, §. *necessitati C. de bon. quæ liber.*: que la autoridad del tutor ó curador en un acto ejecutado por el pupilo ó adulto, debe preceder é interponerse al mismo tiempo, sin que baste que intervenga despues, ley 9.ª, §. *tutor. de auctorit. tutor.*, ff. *aucto. tut.*, y el §. 2.º *Inst.* del mismo título: que el decreto del juez para la enagenacion de los bienes raices de los menores debe preceder y no subseguir, ley 1.ª *de rebus eorum qui*, y la 1.ª C. *de priv. minorum*: que el mandato regularmente siempre precede al acto, ley 12, §. *de pos.* ff. *de mandat*: que el soldado condenado por un delito mili-

tar, puede hacer testamento cuando se lo permite el juez en la misma sentencia, y no despues, ley 13 C. *de testamento militis.*

3 Contra estas decisiones dice que parece se opone la que se halla en la ley *si quis filio* §. *irritum*, *vers. qua ratio*, ff. *de injusto rupto &c.*, en donde se resuelve que si uno que esta inhábil para testar consigue licencia del Príncipe para hacer testamento, no solo podrá hacerlo en virtud de dicha licencia, sino que tambien se confirmará el que tendria antes hecho cuando estaba inhabil para testar.

4 De esta decision infiere el mismo autor que si el enfitéuta ó el feudatario vende la cosa infeudada sin noticia del señor, por lo que cae en pena de comiso, y despues el dueño le concede licencia, se confirma la venta antes hecha sin su consentimiento, y se escusa de incurrir en la pena. Infiere tambien que si alguno fabrica un molino en un rio navegable sin licencia del Príncipe, y despues la consigue, se sostendrá el molino edificado sin ella, y sigue poniendo otros ejemplos semejantes, y concluye diciendo en satisfaccion del argumento que se habia propuesto contra el §. *Irritum* de la ley citada, que su resolucion procede cuando con cierta ciencia del que concede la licencia se concede y se da para un acto que pende de su voluntad, porque pudiendo hacer el acto de nuevo, con mas razon podrá confirmarlo y aprobarlo.

5 Pero sea cual se quiera el mérito de esta solucion, me parece mas fundado decir que siempre que la licencia se requiere por forma y solemnidad, debe preceder al acto, sin que baste el que intervenga despues, como consta de las decisiones legales que se han referido al principio, y de la ley 25, §. *Jussum* ff. *de adquirenda hereditate*, á diferencia de cuando la licencia no se requiere por forma y solemnidad, lo que sucede cuando únicamente se necesita para evitar el perjuicio de aquel que ha de dar la licencia ó prestar el consentimiento, pues entonces basta que subsiga y se ratifique lo hecho para que sea válido el acto, como asi lo reconoce y afirma el mismo Gomez en el número 6.º del Comentario á la ley 58 de Toro.

6 No debe parecer importuno examinar aqui la razon que movió al legislador á disponer que la licencia debiese preceder á la fundacion del mayorazgo, y el que estuviese ya hecho, no se entendiese confirmado si en la licencia no se espresase. Diego Castillo en el Comentario á esta ley suscita esta duda, y resuelve que la licencia se debe reputar como una ley, y como estas regularmente no se estienden á lo pasado, sino á lo futuro ó venidero, como se espresa en el cap. 2.º *de constitutionibus*, de aqui es que la licencia debe preceder á la fundacion, sin que se estienda á los mayorazgos fundados antes de obtenerla, cuya razon, á mi parecer, no deja de ser legal y fundada, pudiendo servir de confirmacion de esto mismo la ley 15, tít. 14, partida 3.ª, en que se declara que los hechos se han de juzgar por los fueros que regían cuando se hicieron, y no por los posteriores que se han hecho de nuevo, de que pueden considerarse por escepcion las disposiciones de las leyes de Toro, por estar declarado por la ley 6.ª, tít. 1.º, lib. 2.º de la Recopilacion, que los pleitos ó negocios que se comentaren despues de la publicacion de las leyes de Toro, se resuelvan por sus decisiones, hayan ó no acaecido antes de su formacion, escepto en los casos que espresamente se declare en dichas leyes que no se estiendan á negocios pasados.

7 Otra duda suscita el señor Molina en el lib. 2.º, cap. 7.º, número 51 *de primogenitis*, sobre la inteligencia de esta ley, cuya duda que llaman nueva, se reduce á si bastaría que la gracia ó licencia para fundar mayorazgo la conceda el Príncipe de palabra, ó será necesario que se espida y estienda por escrito, y despues de referir las razones que obran por una y otra parte, resuelve al número 57 que aunque la gracia del Príncipe por la palabra *fiat*, se entienda perfecta y confirmada, esto solo se ha de entender cuando la gracia no requiere otra cosa mas que la concesion del superior; pero que no sucede lo mismo cuando la gracia se dirige á conceder facultad para que se haga alguna cosa, porque entonces se requiere ademas de la concesion, que se espida por escrito en la forma de estilo, y como en el caso de la disputa la gracia ó facultad es para hacer la fundacion de mayorazgo, sostiene y defiende que hasta que se espida por escrito en la forma de estilo no es válida ni aprovechada.

8 En apoyo de su opinion refiere al número 59 la práctica que observa el Consejo de la cámara en espedir ó conceder semejantes gracias y facultades, espresando que en ellas la palabra *fiat* no la profiere

el Príncipe, sino el Consejo, que no debe tener tanta virtud y eficacia como si la profiriera el Príncipe.

9 Esta opinion del señor Molina es dimanada de la sentencia que defiende en el capítulo 8.º del libro 1.º *de primogenitis*, número 8.º, donde afirma que la gracia del Príncipe necesita para su validacion de la escritura, cuya opinion está ya rebatida en el Comentario á la ley 41.

10 La práctica que cita del Consejo de la cámara no es adecuada al asunto, porque si quien profiere la palabra *fiat* es la cámara, nada tiene de estraño el que no sea de la misma virtud y eficacia que si la profiriera el Príncipe, que es el caso en que versa la duda.

11 Tambien disputan los comentadores si siendo la fecha de la licencia del mismo dia que la de la fundacion, se deberá presumir que la licencia precedió ó no, y Gomez en el número 3.º, y el señor Molina en el lib. 2.º, cap. 7.º, número 51 *de primogenitis*, y otros, afirmàn que se debe presumir que la licencia fue anterior en tiempo á la fundacion, y alegan en apoyo de su opinion la ley 37, §. 1.º, ff. *de heredibus instituendis*, y aunque tengo por fundada esta sentencia, la ley que citan en su comprobacion no la considero por oportuna y concerniente al asunto.

12 Mas fundado me parece decir que supuesto el fundador habia impetrado la licencia, conociendo que sin ella no era válida la fundacion, era consiguiente presumir en este caso que no pasó á hacer la fundacion hasta haber conseguido la licencia, por no deberse hubiera procedido á solicitar una facultad que sabia nada le habia de aprovechar si hacia la fundacion antes de conseguirla.

13 Consiguiente á esta duda parece que es la que suscita Palacios Ruvios al número 6.º de su Comentario á esta ley, reducida á si la noticia de la concesion de la licencia la ha de tener el interesado antes de hacer la fundacion, y resuelve que sí, porque de lo contrario se anula la fundacion: del mismo dictámen es Mieres en la parte 1.ª, cuestion 2.ª, número final *de Mayorat.* Esta misma duda la disputan en abstracto los canonistas, á saber: si la gracia ó privilegio debe producir efecto desde el punto de la concesion, ó desde que llega noticia al interesado, y aunque el P. Sanchez en el libro 3.º, disputa 36 de matrimonio, se declara por la negativa, é igualmente el P. Suarez en el libro 8.º, capítulo 25 *de legibus*, sin embargo concretándonos á la duda de la materia de esta ley, tengo por mas arreglado decir que supuesta la concesion de la licencia, no seria necesario que el fundador tuviese la noticia de ella para que hiciese válidamente la fundacion, y me fundo en que la razon que alegan los que siguen la opinion contraria, es decir se necesita de parte del agraciado la voluntad de aceptar ó admitir la gracia, y para tener esta voluntad es indispensable tenga la noticia de habérsele dispensado, como asi lo sienta el P. Suarez al número 2.º del cap. citado; pero esta razon podrá tener lugar cuando el privilegio sea de aquellos que se conceden por el Príncipe *motu propio*, sin haber precedido peticion de parte; pero no deberá admitirse en el presente caso, en que se supone el interesado ha solicitado la gracia, y tiene alguna esperanza de conseguirla, pues en estas circunstancias desde el momento en que se ha concedido la licencia se presume y entiende de parte del agraciado la voluntad de aceptarlo, y de consiguiente ninguna necesidad hay de que llegue á su noticia la concesion para que se verifique la aceptacion, á cuya opinion se inclina tambien Suarez en la sentencia 6.ª, que refiere al número 10. Si se considera el ningun riesgo á que se espone el fundador haciendo la fundacion antes de tener noticia de la licencia, y el ningun perjuicio que causa á tercero, es otra razon no desatendible para suponer y afirmar que en el caso de la disputa no se requiere que preceda la noticia de la licencia para que se ejecute válidamente la fundacion, lo que no sucede en la concesion de privilegios de otra especie, que el hacer uso de ellos antes de tener noticia de haberse concedido trae consigo el peligro de faltar gravemente, ó causar perjuicio de tercero.

14 A lo dicho se aumenta que por el mismo Suarez al número 15 se reconoce en el Príncipe la potestad para conceder el privilegio que tenga efecto antes que llegue á noticia del interesado, lo que convence no es tan necesaria la aceptacion como se supone.

15 En la parte que dispone la presente ley que la licencia que se conceda para hacer mayorazgo no aproveche para confirmar el que estuviese ya hecho, á no ser que espresamente se contuviere en ella esta par-

ticularidad, nada se advierte de estraordinario é irregular, antes bien dicha disposicion es arreglada y conforme en un todo á las decisiones legales, como se comprenderá fácilmente si se reflexiona que las licencias de esta especie se conceden á instancias y solicitud de parte, y el que la pide para fundar un mayorazgo, teniéndole ya hecho, comete obreccion espresando que la quiere para hacerlo, y tambien subreccion por que calla que lo tiene hecho, y es un dogma legal en toda jurisprudencia, asi civil como canónica y real, que toda gracia que se impetra y concéde con obreccion ó subreccion es enteramente nula y de ningun efecto, como espresamente se resuelve en la ley 2.ª y 5.ª, C. *si contratus*, en el cap. 20 *de rescriptis*, y en la ley 36, título 18, partida 3.ª, por lo que no se alcanza el fundamento que tuvo don Francisco Sarmiento para decir en el cap. 13 del lib. 6.º de sus cuestiones selectas, que deberia derogarse la presente ley.

16 Séame permitido manifestar aqui que no alcanzo la razon que tuvieron los compiladores de las leyes de la Recopilacion para haber alterado el órden numeral de esta ley, colocándola inmediatamente despues de la 43, pues tratándose en esta del tiempo en que debia impetrarse la licencia, y en la 43 de cuándo deberia considerarse estinguida ó no la licencia, parecia que lo natural era que se hubiese observado en estas leyes la colocacion que le dieron sus legisladores, por ser antes en el órden natural tratar de la formacion de una cosa, que de su fin y destruccion.

Ley XLIII de Toro; es la 2.ª, tít. 7.º, libro 5.º de la Recopilacion.

Las licencias, que Nos avemos dado, ó dieremos de aqui adelante, ó los Reyes que despues de Nos vinieren para facer mayoradgo, no espiren por muerte del Rey, que las dió, aunque aquellos aquien se dieron no hayan usado dellas en vida del Rey que las concedió.

COMENTARIO

á la ley 43 de Toro.

1 Dispone la presente ley que las licencias que hubiere dado el Rey, ó diere en adelante él mismo ó sus sucesores para fundar mayorazgos, no espiren por la muerte del que las dió, aunque no se haya hecho uso de ellas en vida del que las concedió.

2 Esta decision manifiesta que las gracias y privilegios no se pierden por la muerte del que los concedió. Lo mismo dispone el capítulo 9.º *de postest. jud. de leg. in 6.º*, en donde espresamente supone Bonifacio VIII que la gracia concedida por la Silla apostólica no espira por la muerte del Papa que la concedió, aunque no se hubiese puesto en ejecucion. Consiguiente á esto se dice en el cap. 3.º *precariis*, que el precario no se pierde ni acaba por la muerte del que lo concedió.

3 Contra esto podrá alegarse la ley 20, tít. 13, partida 2.ª, donde se declara que luego que muera el Rey han de acúdir todos los que hubieren recibido oficios de él á entregarlos al sucesor, y los que no hicieren esto, que pierdan los oficios y sean echados del reino, de cuya disposicion parece inferirse que las gracias concedidas por el Rey se acaban y espiran por la muerte del que las concedió.

4 El señor Gregorio Lopez en la glosa á esta ley, en la palabra oficios, afirma que esto no tiene lugar en los oficios ó cargos que ejercen la jurisdiccion ordinaria; pero sea de esta esposicion lo que se quiera, lo que no tiene duda es que en la ley 2.ª, título 2.º, lib. 2.º, ordenamiento real, que se halla repetida en la 24, tít. 2.º, lib. 7.º del mismo ordenamiento, resolvieron los Reyes católicos que por la muerte del Rey no vaquen los oficios de la casa del Rey, y Corte, y Chancillerías, y otros de las ciudades, villas y lugares que fueren dados de por vida, cuya ley se trasladó é insertó en la 2.ª, tít. 3.º, lib. 2.º de la Recopilacion, en virtud de la cual es claro quedó derogada la ley de partida en cuanto á todos los oficios que da el Rey, ó por lo menos en los que no se ejerce la jurisdiccion ordinaria, si se admite la esposicion del señor Gregorio Lopez.

5 Tambien puede servir de óbice á la decision de la presente ley la resolucion que se halla en el cap. 5.º *de rescriptis. in 6.º*, donde preguntado Bonifacio VIII si por la muerte del Papa que concedió á un obispo que por el tiempo de su voluntad pudiese retener los beneficios que obtenia al tiempo ó cuando fue promovido al obispado, respondió declarando que por la muer-

te del Papa que concedió la gracia cesaba esta, á diferencia del caso en que se hubiese concedido á beneplácito de la Silla apostólica, dando por razon que como esta no muere, duraria perpetuamente si no la revocase el sucesor.

6 Por poco que se reflexione se echará de ver que la presente decision ó declaracion del Papa Bonifacio VIII tiene mas sutileza que solidez, porque en realidad la voluntad de la Silla apostólica no es otra que la del que se sienta en ella, asi como la voluntad del Trono es la de aquel que lo ocupa, de que debe inferirse que si cuando la gracia se concede por el tiempo de la voluntad del Papa, espira por la muerte de este, otro tanto deberá decirse cuando se concedió á voluntad de la Silla apostólica, y si la voluntad de esta fuera irrevocable ó perpetua, ó durara perpetuamente, como se dice en el mismo capítulo, mal podria revocarla el sucesor del que la concedió, y sin embargo reconoce Bonifacio VIII esta facultad en el sucesor.

7 Mas consiguientes anduvieron nuestros Soberanos en haber declarado en la citada ley 2.ª que los oficios de la casa del Rey, su Corte y Chancillerías no vacaban por la muerte del Rey que los concedió, aunque en la espedicion de los títulos se espresa regularmente que valgan por el tiempo de su voluntad, como se observa en todos los nombramientos para ministros de los tribunales superiores.

8 Con mas solidez examinó y resolvió este punto Antonio Gomez en el tít. 3.º, cap. 8.º de sus varias, número 5.º, donde se propone la duda de si por la muerte de un juez que desterró á un reo por el tiempo de su voluntad se deberá entender concluido y finalizado el destierro, y resuelve que no, y aunque se hace cargo de varias decisiones legales, que tratan de pactos ó contratos celebrados por el tiempo de la voluntad de uno de los contrayentes, y se declara que espiran por la muerte del mismo, distingue juiciosa y oportunamente diciendo que las esplicadas leyes hablan del ánimo y volumtad de una persona particular y privada, y no debe regir lo mismo cuando la voluntad es de persona pública, cual es la del juez, la que se entiende pasa al sucesor en el oficio, por ser y reputarse uno mismo el tribunal y el juicio, que no espira por la muerte del juez, sino que pasa al sucesor, y el primer juez que impuso la pena de destierro á su voluntad no se presume que lo hizo refiriéndose á su propia voluntad, como de persona privada, sino como de persona pública de juez, que segun la cualidad del delito puede estender ó limitar el destierro, y de consiguiente esta misma facultad y voluntad debe pasar al juez que le suceda en el oficio, cuya doctrina aplicada á la concesion de la gracia de que habla el referido cap. 5.º *de rescriptis*, convence de arbitraria é infundada la resolucion que en el mismo se contiene.

9 Por el fundamento de la distincion que propone Gomez se hace mas claro y perceptible que la facultad de que usa el juez cuando limita y coarta la duracion del destierro al tiempo de su voluntad, es la misma que ejerció cuando impuso la pena al reo, y como la facultad de imponer penas es propia de persona pública, la misma cualidad y representacion ha de tener aquella con que limita y coarta la duracion de la pena: si pues el Papa en concepto de persona pública concedió la gracia para retener los beneficios de que habla el precitado capítulo 5.º, con el mismo concepto y representacion de persona pública debe decirse limitó la duracion de la gracia al tiempo de su voluntad. Tambien el P. Suarez, lib. 8.º cap. 31 *de legibus*, establece por regla que el privilegio no espira por la muerte del que lo concedió.

10 Otra duda suscitan los autores acerca de la inteligencia de esta ley, reducida á indagar si tendrá lugar su decision cuando la gracia ha sido concedida por el Príncipe; pero ha muerto este antes que se estendiera y espidiera en la forma comun y regular. El señor Molina en el lib. 2.º, cap. 7.º, número 62, defiende que la decision de la presente ley no debe entenderse del caso en que la gracia se concedió por el *fiat*; pero no llegó á estenderse por escrito, especialmente cuando la gracia era para hacer alguna cosa: en prueba de su opinion alega la autoridad de algunos autores, y á mas dice se prueba esto mismo mas claramente de las palabras de la ley presente de Toro cuando espresa: "aunque aquellos á quien se dieron no hayan usado de ellas en vida del Rey que las concedió", de cuyas palabras afirma se infiere que la ley habla de la licencia que se concedió y espidió en vida del Príncipe que la otorgó, y no de la que meramente se concedió sin haber llegado á estenderse por escrito, porque de no enten-

derse asi en vano diria la ley: *no hayan usado de ellas.*

11 Para la resolucion de la presente duda se ha de tener presente lo que queda espuesto en el Comentario á la ley 41, donde se manifestó con razones evidentes que la escritura no era de substancia de las gracias y privilegios, y como el señor Molina abrazó en la esposicion de aquella ley la opinion que establece la escritura de substancia del privilegio, le era forzoso decir en la esposicion de la presente, si habia de guardar consecuencia, que la gracia que no se estendia por escrito antes de la muerte del que la concedió no era válida ni podia tener efecto.

12 Las palabras que cita de la ley en nada favorecen su opinion, porque en la sentencia de aquellos que opinan que la escritura no es de substancia del privilegio, el decir *no hayan usado de ellas* lo entienden estuviera ó no estendida la escritura de concesion, y el señor Molina, suponiendo falsamente que la escritura era de substancia del privilegio, infiere que si los agraciados habian podido usar de la gracia en vida del que se la concedió, se habia estendido la escritura de concesion, porque de otro modo no reconoce facultad en el agraciado para poder usar de su privilegio.

13 Tambien examinan los comentadores si por el transcurso del tiempo, sin haber usado de la gracia, se pierde. Matienzo se propone esta duda en la glosa 3.ª, y remite al lector para su decision á los autores que cita, que son estrangeros, y se olvida del señor Molina, que espresamente se propone y resuelve la duda concretándose á la licencia para fundar mayorazgos, lib. 2.º, cap. 7.º, número 70 y siguiente, donde afirma que la facultad para fundar mayorazgos siempre se pone en la libre voluntad del agraciado, y de consiguiente no se puede perder por el no uso, pues aunque el privilegio concedido para hacer alguna cosa por el no uso, por el tiempo de diez años se pierda y acabe, el privilegio que deja el hecho para que se concede a la mera y libre voluntad, no se puede perder por el no uso, á causa de que no se obliga á hacer, y por último dice el mismo autor, que aun cuando sea dudoso, si el privilegio se pierde por el no uso de diez años, en el caso de que habla la presente ley no puede haber la menor duda de que permanece y se conserva el privilegio ó licencia para vincular bienes, por mas que se dilate la fundacion, por espresarse en las mismas licencias una facultad ilimitada que comprende toda la vida del agraciado, y asi dice el Rey: Nos damos facultad para que en vuestra vida, ó al tiempo de vuestra muerte; de cuyas palabras nadie, dice, puede dudar que aquella facultad dure por todo el tiempo de la vida del que la obtuvo.

14 Estas razones de que se vale el señor Molina persuaden la certeza de su opinion y la verdadera resolucion de la duda propuesta. El que quiera enterarse radicalmente en si el privilegio se pierde ó no por el no uso ó por la prescripcion de diez años puede consultar al docto P. Suarez en su celebrado tratado *de legibus*, libro 8.º, cap. 34, donde examina la materia con la exactitud y solidez que acostumbra, y se hace cargo al número 22 y 23 de la ley 42, tít. 18, partida 3.ª, y de la 3.ª, tít. 7.º, partida 5.ª, que espresamente ordenan que los privilegios para celebrar ferias y hacer otras cosas que refieren se pierden por el transcurso de diez años.

15 Como este privilegio, gracia ó licencia sea personal, concedida para que la misma persona la ponga en ejecucion, no puede dudarse que por la muerte del agraciado, sin haber ejecutado el acto para que se le concedió la facultad, espira la gracia ó privilegio, segun se dispone en la ley 68, ff. *de regulis juris*, y mas espresamente en el cap. 7.º *de regulis juris in* 6.º, donde se ordena que el privilegio personal sigue á la persona y se estingue con ella.

Ley XLIV de Toro; es la 4.ª, tít. 7.º, lib. 5.º de la Recopilacion.

El que ficiere algun mayoradgo, aunque sea con autoridad nuestra, ó de los Reyes que de Nós vinieren, ora por via de contracto, ora en cualquier última voluntad, despues de fecho, puédalo revocar á su voluntad, salvo si el que lo ficiere por contracto entre vivos oviere entregado la possesion de las cosa ó cosas contenidas en el dicho mayoradgo á la persona en quien lo ficiere, ó á quien su poder oviere, ó le oviere entregado la escriptura dello ante escribano, ó si el dicho contracto de mayoradgo se oviere fecho por causa onerosa con otro tercero, asi como por via de casamiento ó por otra causa semejante: que en estos casos mandamos que no se pueda

revocar, salvo si en el poder de la licencia que el Rey le dió, estoviese cláusula para que despues de fecho lo pudiese revocar, ó que al tiempo que lo fizo el que lo instituyó reservase en la misma escriptura que fizo del dicho mayoradgo el poder para lo revocar, que en estos casos mandamos que despues de fecho lo pueda revocar.

COMENTARIO

á la Ley 44 de Toro.

1 Dispone la presente ley que el fundador de cualquier mayorazgo lo pueda revocar cuando quisiere, aunque se haya hecho con autoridad real, ó por contrato, ó por cualquier última voluntad, á no ser que el que lo hizo por contrato entre vivos hubiere entregado la posesion de la cosa ó cosas contenidas en el mayorazgo á la persona en quien lo hizo, ó á quien tuviere su poder, ó le hubiere entregado la escritura de fundacion ante escribano, ó se hubiese hecho el mayorazgo por causa onerosa con un tercero, como por casamiento ú otra semejante, no pudiéndose revocar en estos casos, á no ser que en la licencia que el Rey le dió se hallase la cláusula de poderlo revocar, ó al tiempo de hacer la fundacion se reservase el que la hizo en la misma escritura el poder de revocarlo cuando quisiere, porque en estos dos casos lo podrá revocar.

2 Como la disposicion de esta ley es conforme á lo dispuesto en la ley 17, sin mas diferencia que en aquella se trata de la mejora del tercio, y en esta de la fundacion de mayorazgo, las mismas dudas que se suscitaron en la ley 17 deben tener lugar en la presente, y como en una y otra rigen los mismos principios, omito examinarlas aqui de nuevo, refiriéndome á lo dicho en la ley 17, reservándome tratar de aquellas que pasé en silencio en la ley 17, á fin de que con lo dicho en una y otra se tenga un suficiente Comentario para cada una de ellas.

3 La primer duda que se ofrece examinar es si el mayorazgo hecho por testamento será irrevocable por la entrega de la posesion de la cosa. Antonio Gomez, en la ley 17, número 24 al fin, dice que si la posesion de la cosa dejada en testamento se entrega *simpliciter*, sin hacer mencion de haberse dejado en testamento, se hará irrevocable, porque pasa el legado á ser donacion entre vivos; pero si la posesion se entrega con consideracion al legado no perderá su naturaleza y efectos, y quedará revocable, como lo prueba en el primer tomo *de var. res.*, cap. 12, número 4.º

4 Tello Fernandez, en dicha ley, número 86, dice que por la mera tradicion del legado pasa á ser donacion entre vivos, y de consiguiente se hace irrevocable, por lo que se ve que Tello va conforme con Gomez en este punto, lo que es de notar, porque Matienzo, en el número 26 de la glosa 4.ª, supone que se aparta de la doctrina del Gomez.

5 Pedro Peralta, citado por el señor Molina *de primogenitis*, libro 4.º, cap. 2.º, número 19, sin distincion ni diferencia, afirma que de cualquier modo que se entregue la posesion de la cosa dejada en testamento pasa á ser donacion entre vivos y se hace irrevocable.

6 Aunque los autores referidos y otros varios que citan fundaban su opinion en las leyes del derecho comun, siguiendo los mismos principios la aplicaban á las leyes 17 y 44 de Toro, las que espresamente disponen que para que la mejora de tercio ó fundacion de mayorazgo sea irrevocable, ha de ser hecha por contrato entre vivos, y ha de intervenir la entrega de la cosa. Esta disposicion de la ley es tanto mas eficaz para persuadir que solo por contrato entre vivos mediando la entrega de la cosa se hacia irrevocable el mayorazgo, cuanto diciendo la ley al principio que de cualquier modo que se haga la fundacion, bien sea por testamento ó por contrato entre vivos, se podria revocar, continúa esceptuando el caso en que se haya hecho por contrato entre vivos, y se haya entregado la posesion, con lo que claramente da á entender que haciéndose por testamento permanece revocable aunque medie la entrega de la posesion, ya se haga la entrega *simpliciter* ó por consideracion al legado, pues donde la ley no distingue no debemos distinguir nosotros.

7 Matienzo en la glosa esplicada, número 27, se inclina á que la mejora hecha en testamento permanece revocable aunque medie la entrega, y supone que esta es la opinion de Gomez, persuadido en el número 26 á que Gomez en el número 24 de la ley 17 se separó de lo que habia dicho en el título 1.º *var. res.*, cap. 12, número 4.º; pero en uno y otro lugar está conforme la

doctrina de Gomez, bajo la distincion de si la entrega se hace *simpliciter* ó en consideracion del legado.

8 Molina, al número 20 del lugar citado, manifiesta conformarse con la distincion de Gomez, la que cree adaptable para el caso de la mejora, pero no para la fundacion de mayorazgo, porque rara vez sucederá que por la entrega de la cosa del mayorazgo se entienda que el fundador se apartó de su institucion, por cuya razon aconseja que cuando ocurra el caso se examine con mas cuidado en la fundacion de mayorazgos.

9 Habiendo espuesto la variedad con que nuestros autores opinan en la duda propuesta, me ha parecido conducente detenerme á examinar los términos de la cuestion para hacer mas clara y convincente la resolucion que he manifestado arriba.

10 Segun esto parecerá que en ningun caso la mejora y mayorazgo hecho en testamento se hará irrevocable por la entrega; pero se debe decir que cuando el testador entregando la cosa espresamente manifestase que la fundacion hecha por testamento queria que se entendiese hecha entre vivos, se haria irrevocable pasando de última voluntad á contrato entre vivos.

11 Ni es voluntario el decir que hecha la mejora ó mayorazgo por testamento, y entregada la posesion, se ha de presumir que se hacia en virtud de la disposicion testamentaria, y de consiguiente que permanecia revocable.

12 Proponen los comentadores del derecho comun si el legado por la tradicion pasa ó no á ser donacion entre vivos, bajo la distincion que usa Gomez; unos dicen que permanece legado, y otros que se hace donacion entre vivos, como se puede ver en Tello, número 85, donde cita á varios. Conviene advertir aqui que pase ó no el legado por la tradicion á ser tradicion entre vivos, no debe recibir el legatario mas que el importe del legado, pues la presente cuestion no se dirije á examinar si cuando el legado pasa á ser donacion por la tradicion haya de percibir el legatario despues de la muerte del testador segunda vez el importe del legado, reduciéndose únicamente la cuestion a indagar si el legado por la tradicion se hace ó no revocable, pues si pasa á ser donacion entre vivos será irrevocable, y si permanece legado podrá revocarse hasta la muerte del testador, conforme á la ley 4.ª, ff. *de adempt. legat.*; de forma, que tanto cuando pasa á ser donacion entre vivos, como cuando conserva la naturaleza de legado, se reputa satisfecha la obligacion del legado por la tradicion que interviene, ó mas claro, se presume hecha *in solutionem legati*, que es la espresion de que usa la ley *Lucius Titius*, ff. 22 *de legatis. secundo.*

13 Se funda esta advertencia en el supuesto de la misma cuestion, que es si el legado por la entrega pasa á ser donacion entre vivos, ó permanece legado ó donacion *mortis causa*, que es lo mismo en cuanto á no ser irrevocable. Si pasa á ser donacion entre vivos deja por consiguiente de ser legado, y no estará obligado el heredero á entregar su importe al legatario despues de la muerte del testador; si permanece legado, ó se hace donacion *mortis causa*, se supone que la entrega hecha por el testador fue en satisfaccion del legado, con que en uno y otro caso basta una solucion sola.

14 Aunque son muchos los comentadores del derecho comun que tratan esta cuestion, como se podrá ver en Tello al número 83 y siguientes, diciendo y afirmando unos que el legado por la tradicion no se hace donacion entre vivos, sino donacion *mortis causa*, y de consiguiente que permanece revocable; y otros al contrario pretenden que pasa á ser donacion entre vivos si la entrega se ha hecho *simpliciter* y no por consideracion del legado; unos y otros se valen de la ley *Lucius* para fundar su opinion.

15 Esta ley propone el siguiente caso sobre el cual recae su decision. Lucio Ticio legó á Publio Mevio su milicia (es un oficio ó administracion civil ó palatina, y el que lo ejercia recibia del público su salario, segun Cujacio en esta ley) ó el importe de ella, y habiéndole vendido el mismo Lucio entregó su importe á Mevio. Muerto Lucio pedia á su heredero Mevio la milicia ó su importe. Consultado el jurisconsulto Celso sobre esta duda, responde, que el heredero no debe entregar el importe de la milicia si no prueba el legatario que el testador quiso que segunda vez se le entregase el precio del legado; pero si el testador no entregó todo el valor, sino solo una parte, le competia al legatario el derecho de percibir la restante hasta completar el valor de todo el legado, á no ser que probase el heredero que el testador revocó su voluntad.

16 Por poco que se reflexione sobre la

resolucion de esta ley se comprenderá que por ella, ni se puede probar que el legado por la tradicion pasa á ser donacion entre vivos, ni que se haga donacion *mortis causa*, y de consiguiente que sea ó no revocable, como seria fácil hacer ver si de la resolucion de esta duda se infiriese una consecuencia cierta y segura para la inteligencia de la ley real; pero como se verá despues, ni la ley *Lucius*, ni la autoridad de los comentadores del derecho comun, que es el único fundamento con que cada uno apoya su opinion, sin alegar ley alguna en que fundarla, pueden aplicarse á las circunstancias en que ponen su resolucion la ley 17 y 44, escuso el tratar de intento esta duda del derecho comun, contentándome con notar las contradicciones en que incurren nuestros autores queriendo sacar de la ley *Lucius* el fundamento para la resolucion de la duda propuesta, conforme á las leyes reales.

17 Tello, al número 87, alega la decision de la ley *Lucius* para probar que por la entrega de la cosa legada hecha *simpliciter* pasaba el legado á ser donacion entre vivos, y que por esta razon pedia el legatario al heredero le entregase íntegramente el precio del legado. En esto se ve se alucina Tello, porque si el legado pasa á ser donacion entre vivos, tan lejos está que por esta razon debiera el heredero dar al legatario el precio íntegro del legado, que antes bien esta era una razon clara y convincente para que el heredero no se hallase obligado á la pretension del legatario, pues si el legado por la entrega pasó á ser donacion, dejó de ser legado y se estinguió, y por consecuencia no estaba obligado el heredero á satisfacer una deuda que se habia estinguido, y decir que en tal caso aun existia el legado, era destruir el supuesto de la conclusion, como se ha notado arriba.

18 Afirma tambien Tello, siguiendo á la glosa que cita al número 87, que la razon porque el legatario pedia al heredero el importe del legado era porque este habia pasado á donacion entre vivos, y á continuacion dice, que porque el legado habia pasado por la entrega á donacion entre vivos, la ley *Lucius* prohibia que el legatario exigiese del heredero el importe del legado, de que se manifiesta que por la misma razon por la que segun Tello pedia y correspondia al legatario el importe del legado se lo negaba la ley, que es lo mismo que si dijera que la razon que le daba derecho para pedir el legado le prohibia poderlo pedir.

19 Queriendo Matienzo, en la glosa 4.ª, número 26, impugnar la doctrina de Tello y la aplicacion que hace de la ley *Lucius*, dice que pasando el legado por la tradicion hecha *simpliciter* á ser donacion entre vivos, le parece correspondia al legatario despues de la muerte del testador pedir al heredero el importe del legado, porque sin hacer mencion del legado habia entregado en vida el testador el precio del legado, de que infiere que la ley *Lucius* no puede aplicarse para probar la opinion de Tello, á no ser que se diga que por la entrega hecha *simpliciter* se entiende que revocó el legado.

20 Continúa Matienzo, en el número 27, repitiendo la opinion que atribuye á Gomez, la que confirma con la ley 4.ª, ff. *adempt. leg.*, y queriendo manifestar que á esta ley que dispone y declara revocable la voluntad del testador hasta la muerte no se opone la doctrina que deja referida al número 25, de que el legado por la entrega de la cosa pasa á ser donacion entre vivos y se hace revocable, dice que una vez que por la entrega pasa á ser donacion entre vivos, ya deja de ser legado, y no es de admirar se haga irrevocable; por lo que continúa diciendo, que si aconteciere el caso de que legase el padre al hijo alguna cosa particular, y le entregase la posesion de ella sin hacer mencion del legado, se haria donacion entre vivos, y no se podria revocar, y afirma que solo en este caso tendria lugar la doctrina de Tello.

21 De lo que dice aqui Matienzo se ve que admite la comun opinion de que el legado por la entrega hecha *simpliciter* pasa á ser donacion entre vivos, y que se hace irrevocable; pero si la entrega se hace en consideracion del legado no mudará su naturaleza y quedará revocable, cuya doctrina es la misma que sigue Tello. Se nota tambien que admite que cuando pasa el legado por la tradicion á ser donacion entre vivos se estingue el legado y deja de serlo, lo que habia negado antes ó afectado dudar, cuando impugnaba la consecuencia que sacaba Tello de la ley *Lucius*, como queda referido. Tambien admite la sentencia de Tello en el caso de que se legue una cosa particular y se entregue la posesion por el padre testador al hijo legatario sin hacer mencion del legado, y concediendo que en este caso pasa el legado á ser donacion en-

tre vivos por derecho comun, y por el real á tenerse por mejora, segun la ley 26 de Toro, como lo confiesa el mismo Matienzo, no se alcanza por qué en el caso que el legado se haga de cosa indeterminada, como de la tercera parte de los bienes, y se entregue la posesion sin hacer mencion del legado, no ha de pasar á ser donacion entre vivos, y mejora de tercio irrevocable por haberse hecho la entrega de la posesion, y con dificultad se podrá dar una sólida razon en que fundar la diferencia entre uno y otro caso.

22 Me he detenido á impugnar las aserciones de Tello y Matienzo, para que examinando el lector el peso de unas y otras elija la opinion que le parezca mas fundada, en la inteligencia que la sentencia, á mi parecer, mas conforme á la ley real es la que dejo insinuada arriba, de que la mejora ó fundacion de mayorazgo hecha en testamento siempre será revocable hasta la muerte del testador, aunque haya mediado la entrega de la posesion.

23 Esta opinion en realidad es la que quiso seguir Matienzo en el número 24, fundándose en las palabras de la ley real; pero inplicándose con las doctrinas de los comentadores del derecho comun en el caso de la tradicion del legado, le faltó la correspondiente claridad para espresar la diferencia que mediaba entre las doctrinas de los comentadores del derecho comun, y la decision de la ley real. La adhesion á las opiniones del derecho comun le hizo á Gomez incurrir en el inconveniente de conformar la decision de la ley real con la opinion del derecho comun.

24 Habia dicho en el número 24 de la ley 17 que la mejora del tercio hecha en testamento se podia revocar, aunque se entregase en vida la posesion de la cosa, fundandose en que no se habia hecho la mejora por contrato entre vivos, que era lo que pedia la ley para que por la entrega se hiciese irrevocable, como lo demuestran sus palabras, salvo si hecha la dicha mejora por contrato entre vivos. Hasta aqui sigue Gomez literalmente la resolucion de la ley real. Pasa á apoyar esta doctrina con la paridad del legado tomándola del derecho comun, y dice que el legado ó cualquier disposicion testamentaria siempre se puede revocar aunque medie la tradicion, y cita todo el tit. ff. *de adim. legibus* y la ley *Lucius*; pero teniendo presente la autoridad de la glosa en la ley *legatum 36, de legatis 2.º*, que afirma que por la tradicion se hacia el legado donacion entre vivos, esplica la sentencia de la glosa, diciendo que debe entenderse cuando la tradicion se ha hecho *simpliciter*, pero cuando se ha hecho con espresa mencion del legado no pasa á ser donacion entre vivos, sino que conserva la naturaleza de legado, y permanece revocable.

25 Si la paridad del legado era confirmatoria de la decision de la ley real, la distincion con que esplica Gomez la doctrina del legado debia tambien tener lugar en la decision de la misma ley, debiéndose entender con arreglo á dicha distincion la asercion de Gomez en la esposicion de la ley real. El no haber reflexionado esto le hizo creer á Matienzo que Gomez absolutamente y sin distincion afirmaba que la mejora hecha en testamento permanecia revocable aunque mediase la entrega de la cosa. No le sucedió asi á Molina, quien en el número 2.º del lugar citado afirma que mas bien parece deberse seguir la esposicion de Gomez y Tello, porque estos autores no dicen que por la entrega se haga irrevocable el mayorazgo instituido por testamento, cuando la entrega se hizo en consideracion del mayorazgo ó de la mejora, sino cuando la entrega se hizo *simpliciter*, en cuyo caso no se puede decir que la entrega se hizo en virtud del testamento, sino de una nueva donacion entre vivos que resulta de la entrega. Hasta aqui Molina.

26 Habiendo espuesto ya los fundamentos de los comentadores del derecho comun sobre la doctrina del legado, y la aplicacion que hacen de ella nuestros autores á la decision de la ley real, paso á demostrar á mi parecer que atendida la disposicion de dicha ley no puede tener lugar la duda propuesta, y que de ningun modo puede aplicársele la distincion de que usan Gomez, Tello y Molina.

27 Dos requisitos piden la ley 17 y 44 para que la mejora y el mayorazgo no se puedan revocar. Primero, que se hayan hecho por contrato entre vivos. Segundo, que intervenga la entrega. De aqui se infiere que haciéndose por ejemplo el mayorazgo por testamento, aunque intervenga la entrega se podrá revocar, porque le falta el requisito de haberse hecho por contrato entre vivos, y de lo contrario era forzoso decir que inútilmente distinguia la

ley entre mayorazgo fundado por testamento y por contrato entre vivos, si mediando la entrega se hacia irrevocable, pues antes bien deberia ser su disposicion que de cualquier modo que se hiciese la fundacion no se pudiese revocar, si se habia hecho la entrega.

28 Ni puede tener lugar la distincion de que se valen Gomez, Tello y Molina, atendida la disposicion de la ley real, porque ó por la mera entrega del mayorazgo ó mejora hecha en testamento se cree que la ejecuta el testador con ánimo de hacer donacion, ó en consideracion a la disposicion testamentaria. Si se dice lo primero, era inútil que la ley distinguiera el caso en que se habia hecho por contrato entre vivos de cuando se hacia por testamento, pues en uno y otro se hacia irrevocable en virtud de la entrega. Si se elige lo segundo se convence de falsa la doctrina de los autores referidos, que afirman que haciéndose la entrega *simpliciter*, esto es, sin espresa mencion de la disposicion testamentaria, se entiende hecha con ánimo de donar, y se hace irrevocable.

29 Los dos fundamentos que llevo espuestos obran igualmente en el caso de la mejora y del mayorazgo; sin embargo hay alguna diferencia entre uno y otro caso acerca de la duda propuesta, como lo observa Molina al fin del número 20 citado, donde dice que aunque la distincion de Gomez se pueda admitir genéricamente en las mejoras, no debe tener lugar en los mayorazgos, y se funda en que instituido el mayorazgo por testamento, si se hace la entrega por el fundador se ha de presumir ó que es por causa de nueva donacion libremente hecha, ó por causa de la fundacion antecedente del mayorazgo. Lo primero no se puede creer, no siendo de presumir que por la entrega haya querido el testador revocar la fundacion del mayorazgo, y si no la ha revocado se manifiesta claramente que la hizo en virtud de la disposicion testamentaria; por tanto encarga Molina que cuando ocurra esta duda en la fundacion de algun mayorazgo se examine con el mayor cuidado, á no ser que en el mismo acto de la entrega manifestase el testador que de nuevo instituia el mayorazgo.

30 En comprobacion de esto mismo se ha de suponer que por la entrega de los bienes del mayorazgo es indispensable que se haga donacion entre vivos, ó que permanezca mayorazgo: para decir que se hace donacion entre vivos no hay fundamento alguno, no siendo de creer que los bienes que dejaba el testador para que perpetuamente se conservasen en su familia se convirtiesen en una simple y pura donacion de que pudiese libremente disponer el donatario á su voluntad. Entre la donacion y el mayorazgo hay una diferencia notable, y así dice Molina lib. 1.º, tít. 12 número 13, que los mayorazgos ni son última voluntad ni legados, fideicomisos, *relicta*, ni contratos, ni donacion entre vivos, sino una tercera especie; no sucede así entre el legado y la donacion que ambos provienen de causa lucrativa, y así dice la ley 36, ff. *de legatis* 2.º, *legatum est donatio testamento relicta.* Si permanece mayorazgo despues de la entrega es una prueba convincente de que el testador no se apartó ni revocó su fundacion, y como esta la hizo en testamento no puede ser irrevocable aunque haya mediado la entrega, porque segun la disposicion de la ley real no basta la entrega sola para hacer el mayorazgo irrevocable, si no le acompaña el haberse hecho la fundacion por contrato entre vivos, como se ha notado arriba.

31 Tello en el número 83 cita un caso en que habiéndose ventilado en juicio si el legado por la entrega en vida del testador se hacia irrevocable, se declaró que sí, cuya causa dice que patrocinó él mismo, pero como no refiere las circunstancias que mediaron en la entrega, no es facil de formar juicio de las razones que movieron al tribunal, y en todo caso siempre debemos confesar que *non exemplis, sed legibus judicandum est.*

Ley XLV de Toro; es la 8.ª, tít. 7.º, libro 5.º de la Recopilacion.

Mandamos que las cosas que son de mayoradgo agora sean villas, o fortalezas ó de otra cualquier calidad que sean, muerto el tenedor del mayoradgo, luego sin otro acto de aprehension de possesion, se transpase la posesion civil é natural en el siguiente en grado, que segun la disposicion del mayoradgo debiere subceder en él, aunque haya otro tomado la posesion dellas en vida del tenedor del mayoradgo, ó el muerto, ó el dicho tenedor la haya dado la possesion de ellas.

COMENTARIO

á la ley 45 de Toro.

1 Dispone la presente ley que los bienes de mayorazgo, bien sean villas, fortalezas, ó de otra cualquier calidad, verificada que sea la muerte del poseedor, inmediatamente, y sin otro acto de aprension se transfiera la posesion civil y natural en el siguiente en grado que segun la disposicion del fundador hubiere de suceder en dichos bienes, aunque haya otro tomado la posesion de ellos en vida del poseedor, ó este se la haya dado.

2 Antes de tratar directamente de la disposicion de la ley conviene indicar la etimología de la voz *posesion*, su naturaleza, especies, modos de adquirirla, efectos que produce, y por último los medios con que fenece y acaba.

3 La posesion no trae su etimología *à positione sedium*, como lo indica Donelo en el lib. 5.º, cap. 6.º de sus Comentarios del derecho civil, Heineccio en el título de las Pandectas *de adquirenda possesione*, sino del verbo *possum et sedere*, de que infiere que la posesion en sentido natural y gramático es la mera detencion de la cosa, bien estribe en algun derecho *in re* fuera del dominio ó no, por lo que define la posesion en el sentido civil y jurídico, diciendo que es la detencion de una cosa corporal con ánimo de retenerla para sí, segun la ley 1.ª, §. 9.º, ff. *de vi et vi armata*, y la ley 2.ª, §. 1.º, ff. *pro herede*.

4 Establecido el orígen ó etimología de la voz posesion, que equivale á la facultad de poderse sentar en la cosa que se posee, é indicada la definicion ó descripcion de la misma, que es mas adecuada para manifestar la naturaleza y propiedades de la posesion, paso á demostrar su conformidad con las disposiciones legales.

5 Quiere Bartolo con algunos que lo siguen que la posesion se defina diciendo que *est jus insistendi res*, manifestando por esta definicion que la posesion consiste en el derecho de retener la cosa, y no en el hecho de tenerla; pero sin embargo constantemente se ha de confesar que la posesion no es otra cosa que el hecho de retener la cosa que se posee, no tan solamente al principio cuando se adquiere, sino tambien cuando se retiene despues de adquirida, como se convence con las razones siguientes.

6 Por derecho de postliminio se restituyen al que vuelve del cautiverio todos los derechos que antes le competian, segun el §. 5.º, *Instit. quibus modis jus patr. potest. solv.*, y sin embargo la posesion que antes tenia no se les restituye ni se les reintegra en la usucapion incoada, debiendo principiar de nuevo la usucapion, como lo dispone la ley 19, ff. *ex quibus causis major*, en donde da por razon Papiniano que la posesion tiene mucho de hecho, y las causas de hecho no se comprenden en el postliminio; de cuya ley se convence que la posesion consiste en el hecho y no en el derecho, y aun cuando se quisiera negar que la posesion estaba ceñida al hecho de detener la cosa, era indispensable reconocer que no era derecho cuando no estaba comprendida en la restitucion de derechos que se hace al que vuelve de la cautividad en virtud del derecho de postliminio.

7 El heredero sucede en todos los derechos del difunto, y sin embargo para poseer los bienes de la herencia es indispensable que aprenda naturalmente la posesion de ellos, segun la ley 23, ff. *de adquirenda vel habenda possesione*; con que es claro que la posesion no es derecho.

8 Es constante que ninguno puede ser privado del derecho que le compete por otro, como por ejemplo quitándole la cosa que es suya, ó vendiéndola y entregándola á un tercero, en cuyo caso conserva íntegramente el dominio de la prenda ó cualquier otro derecho que tenia en la cosa hurtada ó enagenada, segun la ley 15, C. *de pign.*, la 7.ª, C. *de rebus creditis*, y la 39, ff. *de negot. gestis*, y la 13, tít. 34, partida 7.ª; es asi que en este caso el dueño de la cosa hurtada pierde la posesion de ella con arreglo á lo dispuesto en la ley 3.ª, §. *si rem.*, y á la 15, ff. *de adquirenda possesione*; luego la posesion no es derecho, sino una cosa fundada en la detencion natural, la cual perdida se pierde la posesion.

9 Ninguno pierde el dominio de lo que es suyo aunque la cosa en que lo tenia haya salido de su poder, sin saber su paradero, por ejemplo hurtándosela, cayéndosela en un rio, ó de un carruage, ó estraviándose de cualquier otra manera, porque el dominio es un derecho que una vez adquirido lo conserva, aunque se ignore el paradero de la cosa en que se tenia, segun el

§. último, *Instit. de adquirendo rerum dominio*, y sin embargo en estos casos se pierde la posesion, conforme á la ley 3.ª, §. *Nerva*, ff. *de adquirenda possesione.*

10 Si la posesion se difiniera *jus tenendi, et insistendi rem*, se habria de decir que todo el que posee tenia el *jus detinendi, et possidendi*, y esto no obstante una y otra ilacion es falsa, pues la muger injustamente posee lo que le da su marido, y sin embargo posee real y verdaderamente, como se declara en la ley 1.ª, §. *si ver.*, *de adquirenda possesione*, y la muger en este caso no tiene el derecho *possidendæ, et insistendæ rei donatæ*, porque el derecho reprueba la donacion en términos que la ley 26, *de donatione inter virum et uxorem*, afirma que la muger no posee por derecho civil la donacion hecha por el marido.

11 Todo lo contrario sucede cuando el señor de la cosa ó el justo poseedor es echado de la posesion por fuerza, que en tal caso ya deja de poseer, segun la ley 5.ª, ff. *de usurp.*, *et usucap.*, y con todo el despojado conserva y retiene el derecho *tenendi et possidendi*, por cuyo motivo le concede el derecho la accion para recobrar inmediatamente la posesion, cual es el entredicho *unde vi* en la ley 17, ff. *de adquirenda possesione*, y la 1.ª, ff. *unde vi*: ni con otro fin se le concede al señor la accion vindicatoria, sino para que se le restituya la posesion que por derecho le correspondia tener, ley 9 y 68 *de rei vindicatione.*

12 Si el que posee unas veces carece del derecho *tenendi et possidendi*, y otras el que tiene el *jus possidendi et tenendi* no posee, es claro que la posesion no se define bien diciendo que es *jus tenendi et insistendi rem*, porque la definicion y el definido son una misma cosa, y lo que se concede al uno debe concedérsele al otro, y lo que al uno se le niega niégasele al otro. Hasta aqui Donelo, á quien he seguido á la letra en el cap. 6.º del citado libro 5.º

13 Pasa el mismo autor á proponer y disolver los argumentos con que intentan persuadir que la posesion consiste en el derecho de ocupar ó insistir en la cosa, entre los cuales se halla Gomez al número 18 de la presente ley, que sigue en todo la definicion que Bartolo da á la posesion; y empezando por el que fundan en la etimología de la voz, dice que el verbo poseer, como deja ya indicado arriba, se compone de estas dos palabras, *poder* y *sentarse*, de forma que *possidere* sea lo mismo ó equivalga á poder sentarse en alguna cosa, y este poder de sentarse parece no es otra cosa que el derecho de insistir en lo que se posee, y de consiguiente que la posesion es el derecho de insistir y tener la cosa poseida.

14 Respondiendo Donelo á este argumento afirma son cosas muy distintas la facultad de poderse sentar en el sentido que se toma en la posesion, y el tener derecho de insistir en alguna cosa. El poder sentarse en la presente discusion se debe referir á la potestad natural, con la cual puede cualquiera, asi por naturaleza como por el hecho mismo, insistir y mantenerse en la cosa cuando quiera, ó por el tiempo que le parezca, sin referencia á derecho. Aquel se entiende que posee, que de tal modo empezó á tener la cosa que pueda siempre que quiera repetir la posesion natural, esto es, corporal de la misma cosa, segun la ley 3.ª, §. *Nerva*, ff. *de adquirenda possesione*, lo que no se verifica en aquel que tenga el derecho de insistir, porque privado de la facultad de repetir la cosa de hecho no conservaria el mismo derecho de retener.

15 Aun forman otro argumento en la posesion que se retiene y conserva con el ánimo. Es indisputable, y reconocen todos, que el que corporalmente deja ó sale del fundo, sin dejar á otro en la posesion, retiene con el ánimo la posesion del mismo fundo, como lo declara la ley 4.ª, C. *de adquirenda possesione*, y el §. 1.º, *Inst. de interdict.*, y si esta posesion es la que se retiene con solo el ánimo, es preciso decir que ha de ser ó mera detencion, ó el derecho de tener la cosa; no es detencion, porque no se tiene la cosa corporalmente; con que es forzoso decir que es el derecho de retener.

16 Satisface Donelo á este argumento diciendo que aun la posesion que se retiene con el ánimo es aquella detencion corporal de la cosa que se tenia al principio cuando el poseedor adquirió la posesion del fundo, y se mantuvo en él, porque no se retiene y conserva otra posesion que la que se tuvo al principio; es asi que aquella era corporal fundada en la detencion y en hecho; luego la posesion que se retiene con el ánimo no es otra cosa sino la misma detencion corporal que se tuvo al principio.

17 Ni esta retencion compete únicamente al que justamente adquirió la pose-

sion para que se pudiera decir que con el ánimo no se retenia la anterior detencion, sino el derecho de poseer que se habia adquirido al principio; porque el ladron, que no tiene ningun derecho de poseer, conserva con el ánimo la posesion, á causa de que naturalmente se interrumpe la posesion cuando á uno lo echan por fuerza del fundo ó le toman la cosa, como se declara en la ley 5.ª, ff. *de usuc. et usur.*

18 Dirá alguno es un manifiesto absurdo decir que retiene corporalmente la posesion del fundo el que ha salido de él; pero debe responderse que es cierto que naturalmente no tiene la posesion, pero la tiene por interpretacion de derecho, y por esto se dice que esta razon de poseer consiste en derecho, segun la ley 10, C. *de adquirenda possesione.* Se dice que consiste en derecho, porque el derecho reputa y considera al que quiere retener la posesion con el ánimo, como si verdaderamente poseyera, esto es, la tuviera corporalmente. Se reputa que cualquiera tiene la posesion corporalmente cuando sale del fundo ó deja la cosa de las manos, si puede cuando quiere volver á la posesion corporal: no se entiende que uno posee que jure por mas tiempo que el que le dura esta facultad, ley 3.ª, §. *Nerva*, ff. *de adquirenda possesione.*

19 Se dice que la posesion es del cuerpo, porque por medio del cuerpo se adquiere su ser y existencia; se adquiere principalmente con el cuerpo, y se retiene por todo el tiempo que podemos volver á la posesion corporal cuando queramos, segun la ley 3.ª, *in princ.*, y el §. *Nerva*, ff. *de adquirenda possesione*, y se dice que la posesion es de derecho, porque recibe mucho de él, como lo manifiesta el mismo Papiniano al principio de la ley, donde dice que la posesion mútua mucho de derecho: *plurimum ex jure possesio mutuatur.*

20 De que la posesion sea de derecho no se sigue que sea derecho, así como de que sea del cuerpo no se deduce que sea cuerpo. Se dice, pues, que la posesion mutua mucho del derecho, porque aunque ni sea derecho ni cosa incorporal que consista en derecho, cuando se trata de adquirirla, retenerla ó recuperarla se presume, por la utilidad que de ella resulta, que es una cosa que se tiene con el mismo derecho que las demas cosas, y de aqui nace el derecho que se necesita para adquirirla, en virtud del cual se ha establecido que la podamos adquirir por las mismas personas por las que adquirimos las demas cosas, lo que no sucederia si la posesion no se reputara por cosa, sino se considerara como un hecho, porque los hechos con relacion al siervo no salen ni pasan de su persona, segun el §. 2.°, *Inst. de stip. serv.* Tambien se ha establecido que los que no pueden adquirir las demas cosas no adquieran tampoco la posesion, como sucede á los siervos, en quienes de otro modo podria subsistir la posesion, asi como subsisten los demas hechos, segun el §. citado de las instituciones.

21 De aqui nace tambien el derecho de retener la posesion, la cual se puede retener con el ánimo, conforme á la ley *nemo*, 10, C. *de adquirenda possesione*, lo cual no podria suceder no teniendo corporalmente la cosa, si cuando corporalmente salimos del fundo no se entendiera que permanecia alguna cosa que la retenemos con el ánimo.

22 Tambien aqui se halla dispuesto acerca de transferir la posesion que aquel á quien se le ha entregado la posesion de la cosa ó ha sucedido en ella pueda valerse de la posesion del antecesor para la usucapion, ley *de actionibus* 14, ff. *de divers. temp. presc.*, lo que no podria suceder sino se entendiera que permanecia la primer posesion, y esto en términos de poder transferirse en otro, como en las demas cosas.

23 Lo dicho hasta aqui es tomado de Donelo en el citado cap. 6.°, de quien no se separa Cujacio, en lo substancial de la esposicion de la ley 49, del jurisconsulto Papiniano en el tít. ff. *de adquirenda possesione.*

24 No parece se separa de este concepto la ley 1.ª, tít. 30 de la partida 3.ª, cuando afirma que posesion tanto quiere decir como ponimiento de pies, en cuya descripcion no aparece sombra de derecho, sino la material insistencia en la cosa.

25 Es cierto que la misma ley con referencia á los sabios antiguos dice: "que posesion es tenencia derecha, que home há en las cosas corporales, con ayuda del cuerpo, é del entendimiento," en cuyas palabras da á entender que la posesion ha de ser justa, y de consiguiente que se ha de fundar en derecho; pero esta descripcion ó definicion no es de la posesion en general, sino de una de sus especies, como manifestaré despues.

26 Habiendo espuesto la naturaleza ó

descripcion de la posesion en general, se sigue tratar de las especies en que se divide.

27 En primer lugar se divide la posesion generalmente tomada en justa é injusta: una y otra participan de la naturaleza de la verdadera posesion, aunque se diferencian en los efectos, porque la justa la favorece el derecho, y á la injusta la detesta.

28 Se reconoce esta division por la ley 3.ª (entre otras), §. 5.º, ff. *de adquirenda possesione*, en donde el jurisconsulto Pablo refiere la sentencia de Labeon, que decia que en materia de posesion no habia mucha diferencia entre poseedor justo ó injusto. La misma distincion de especies hace dicha ley 3.ª en el §. penúltimo, aunque con palabras diferentes, diciendo que una cosa se puede poseer con buena fé ó sin ella, ó con mala; y como el que posee con buene fé posee justamente, y el que con mala de un modo injusto, se sigue necesariamente que la posesion en un caso ha de ser justa, é injusta en el otro.

29 Tambien se divide la posesion en civil y natural, y pretenden algunos que posesion civil es la que se retiene con solo el ánimo, y natural la que se conserva con el cuerpo, y fundan esta distincion en la ley 10, C. *de adquirenda possesione*, en la que el Emperador Constantino dice que hay dos razones de posesion, que una consiste en el derecho, y otra en el cuerpo, y esplicando esta distincion ó division de posesiones pretenden que si uno ausentándose de su fundo no deja quien lo posea, y al mismo tiempo no quiere perder la posesion que tenia, este se dice que posee civilmente, y si deja á otro en la posesion del mismo fundo para que la tenga en su nombre se dice que posee naturalmente.

30 Otros por el contrario sostienen que la posesion civil y natural no son dos especies distintas de posesion, sino dos modos diversos de poseer, por lo que se hace preciso manifestar lo que los jurisconsultos antiguos han opinado en esta materia.

31 Si únicamente se tratara de la significacion de las palabras á fin de averiguar si propiamente se puede llamar posesion civil la que se retiene con solo el ánimo y natural la que con el cuerpo, no habia la menor duda en que se pudiesen llamar asi, sin que lo repugnase la significacion natural de las palabras, ni el uso del derecho, porque la posesion natural en frase de derecho se dice corporal, á causa de ser la que se aprende con el cuerpo.

32 Aunque nunca hayan llamado las leyes posesion civil á la que se retiene con solo el ánimo, sin embargo se puede llamar asi sin impropiedad, en virtud de la ley citada del C., que espresamente afirma que la posesion que no consiste en el cuerpo, sino que solo se retiene con el ánimo, consiste y se funda en el derecho, y las cosas que consisten en él se dice sin impropiedad que son civiles, asi como las obligaciones, sus causas y las acciones se llaman civiles, §. 1.º, *Inst. de obligationibus*, §. *sed istæ sint de actionibus*. Es, pues, cierto que si tan solamente se trata de si convienen las palabras ó las cosas que se quieren esprimir por ellas vulgarmente, es preciso confesar que son correspondientes á las palabras de la significacion que se les da.

33 He dicho que nunca han llamado las leyes posesion civil á la que se retiene con solo el ánimo, no porque niegue que las leyes distinguen entre posesion civil y natural, y poseer civil y naturalmente, sino porque la única ley que habla de la posesion que consiste en derecho, que es la 10, C. *de adquirenda possesione*, no la llama civil, sino que se contenta con decir que consiste en el derecho.

34 Si se trata de examinar la opinion de los autores que dividen la posesion en dos especies diversas, á saber, de civil y natural, es forzoso reconocer que esta division no conviene ni es adaptable á las palabras y sentido de la ley 1.ª, §. *dejicitur*, y 10, ff. *de vi*, ni á la ley 2.ª, §. 1.º, ff. *pro herede*.

35 En la ley 19, §. 9.º se dispone que al que posee, bien sea civil ó naturalmente, si es despojado de la sucesion le compete el *interdicto unde vi*, porque dice la ley que la posesion natural pertenece á este *interdicto*, y en el §. 10, pasando á especificar casos, declara que si la muger ha sido despojada de la posesion de la cosa que le dió su marido, podrá usar del *interdicto*, pero no el colono si lo arrojan del fundo. La posesion que la muger tiene en la cosa donada por su marido todos saben que es injusta por estar prohibida la donacion entre marido y muger, y en la ley 2.ª, despues de declarar que cuando se dice que ninguno puede mudarse la causa de poseer, se ha de entender, no solo de la posesion civil, sino de la natural, resuelve que el

colono y el depositario, ni aquel á quien se ha prestado la cosa, puede usucapir como heredero: de que se ve que esta ley supone que el colono tiene posesion natural en el fundo.

36. Si á la posesion natural é injusta que tiene la muger en la cosa que le ha dado su marido se contrapone la civil, es necesario confesar que por posesion civil se entiende la que es justa, y si a la que tiene el colono, que es una mera detencion, se contrapone otra posesion, ha de ser la verdadera, natural y corporal, y de consiguiente en uno y otro caso se han de suponer dos distintas posesiones y dos diversos poseedores, lo que es conforme al dictamen de los que siguen la opinion dicha, que suponen dos generos diversos de posesion, de tal modo distintos que no puedan tener lugar en una misma posesion y persona: es asi que la posesion que se tiene con el cuerpo y la que con el ánimo no son posesiones diversas, sino una misma, á causa de que el que con el cuerpo está en el fundo y naturalmente lo posee, si despues lo deja y sale de él no adquiere una nueva posesion, sino que mantiene con el ánimo la que tenia antes con el cuerpo, y de consiguiente no adquiere nada de nuevo, porque si adquiriera alguna nueva posesion no podria en virtud de ella continuar la usucapion incoada, á causa de que esta requiere la continuacion de la misma posesion, segun la ley 3.ª, ff. *de usur.*, *et usuc.*; luego es claro que la posesion civil, tomada por la que se retiene con el ánimo, no es una especie distinta de la natural y corporal, como pretenden los autores de esta division, sino un modo diverso de poseer.

37 Aun se persuade esto mismo hasta la evidencia, si se reflexiona que es principio sentado en la materia que la posesion se adquiere con el cuerpo y con el ánimo, como lo dice la ley 3.ª, ff. *de adquirenda possesione*, y que se retiene con el ánimo la posesion adquirida, segun la ley 30, §. 5.º del mismo título, luego es claro que la posesion que se retiene con el ánimo es la misma, sin que pueda ser diversa de la que se tuvo con el cuerpo, porque era incurrir en un absurdo y manifiesta contradiccion contra el sentido natural y genuino de la palabra retener el referirla á una cosa que antes no se habia tenido, por lo que se hace incuestionable que la posesion que se retiene con el ánimo, si se le da el nombre de civil, no es distinta ni diversa, sino la misma que se tiene con el cuerpo, que se llama natural ó corporal.

38 En el §. 5.º *Institutionum, de interdictis*, y en la ley 4.ª, C. *de adquirenda possesione* se repite el mismo principio, de que solo con el ánimo se retiene la posesion; es asi que la posesion que se retiene con el ánimo no puede ser otra que la adquirida con el cuerpo, segun la propia y natural significacion del verbo retener, luego se convence que si á la posesion que se retiene con el ánimo se le da el nombre de civil, no puede ser distinta en especie de la natural ó corporal, sino una misma cosa con ella, que se diferencia en el diverso modo de poseer, y por lo tanto siendo la posesion que se retiene con el ánimo la misma en especie que se adquirió con el cuerpo, en virtud de ella se puede continuar y completar la usucapion, que no es otra cosa que continuacion de la posesion por el tiempo señalado por la ley, segun la ley 3.ª *de usurp.*

39 Supuesto que la posesion que se retiene con el ánimo, si se quiere darle el nombre de civil, no es distinta en especie de la que se llama natural, como queda demostrado, corresponde hacer ver que la posesion civil, como contrapuesta á la natural ó corporal, solo puede tomarse y entenderse por la posesion justa y fundada en derecho, y la natural por injusta ó destituida de él, que es la division que se propuso arriba.

40 Entre otras leyes, la 10 citada del C. *de adquirenda possesione* convence y persuade la verdad de esta distincion. No puede dudarse que si alguna posesion merece y le corresponde el nombre de civil, no puede ser otra que la que consiste en derecho, por entenderse este el civil, cuando trata de una materia de que no ha dispuesto el derecho natural ó divino. Tampoco puede dudarse que lo que consiste en derecho civil es justo y arreglado á la ley, que por su naturaleza lleva el ser justa, con que la posesion civil en contraposicion de la natural se ha de tener por justa y arreglada á derecho, y esta por injusta y contraria á él, porque de otro modo serian una misma cosa, y solo se diferenciarian en las palabras.

41 Aun esplica la misma ley este concepto, cuando afirma que ambas posesiones, esto es, la que consiste en derecho, y

la que en el cuerpo son legítimas si nadie reclama contra ellas; pero si el poseedor es interpelado deja de ser tenido por poseedor, aunque con el cuerpo tenga la posesion, si por la demanda y contestacion en juicio duda del derecho de la posesion, que es lo mismo que decir de la justicia con que poseía; con cuyas palabras se declara con la mayor especificacion, que despues de la interpelacion hecha al poseedor deja de serlo en derecho, aunque posea la cosa corporalmente, que es lo mismo que decir, que deja de poseer ó de ser justo poseedor, aunque injustamente retenga la posesion con el cuerpo, pues en un mismo sentido nadie puede dejar de ser y ser á un mismo tiempo, sin una manifiesta contradiccion é implicancia.

42 Si el que duda del derecho de la posesion no se tiene por poseedor, segun la ley, es porque no posee justamente, pues de otro modo no deberia atribuir la causa de no poseer á dudar del derecho de la posesion, y cuando al mismo tiempo admite que posea corporalmente la cosa, manifiesta necesariamente que ha de ser en un sentido contrario al anterior, que no puede ser otro que el de poseer injustamente.

43 La ley 26, ff. *de donationibus inter virum et uxorem*, presenta el mas claro testimonio de que la posesion civil es y se reputa por justa; hablando el jurisconsulto Pablo del caso en que el marido que habia comprado una cosa mandase al vendedor que le entregase la posesion de ella á la muger del comprador, afirma que en tal caso la muger no poseerá por derecho civil, que es lo mismo que decir que no poseería justamente, por estar prohibidos por derecho las donaciones entre marido y muger, y con alusion á esto mismo declara la ley 16, ff. *de adquirenda possesione*, que lo que mútuamente se dan los consortes, lo poseen *pro possesore*, que es lo mismo que decir que poseen corporalmente, pero contra derecho é injustamente.

44 Cujacio en la prefacion al título del C. *de adquirenda possesione*, esponiendo la disposicion de la citada ley 10, entiende por posesion civil la justa ó fundada en derecho, y la corporal por injusta, como contrapuesta á ella; por lo que afirma que la cosa donada por el marido á su muger la posee esta natural ó corporalmente, pero no civilmente, por ser ilícita la donacion.

45 Donelo en el capítulo 7.º del citado libro 5.º establece y prueba latamente que la posesion civil en contraposicion de la corporal se distingue de esta en que aquella es justa y fundada en derecho, y esta injusta y contraria á él.

46 De las dos últimas leyes citadas se infiere y convence que la posesion que retiene con el ánimo la muger de la cosa donada por el marido es la misma en especie que la que tenia con el cuerpo, y de consiguiente injusta, porque nadie puede mudarse la causa de poseer, sea civil ó naturalmente, segun la antigua y vulgar regla repetida en varias leyes, y entre otras en la 33, §. 1.º, ff. *de usurp. et usuc.*: *ibi ipsum sibi, causam possesionis mutare non posse*, y en la 2.ª, §. 1.º, ff. *pro herede*, y tambien se deduce que la posesion que se retiene con el ánimo, en tal caso no puede decirse civil, por ser injusta.

47 Queda, pues, probado que la posesion solo se divide en dos especies, de civil y natural, que equivale á justa é injusta, ó lo que es lo mismo á poseer con buena ó mala fé, y que la distincion que se hace de poseer con el ánimo ó con el cuerpo no pertenece á la substancia de la posesion, sino al diverso modo de poseer, como sucede cuando alguno posee por otro, como acontece en el colono ó inquilino que poseen en nombre del dueño de la propiedad, verificándose que el dueño es el que verdaderamente posee, pero por distinto medio y no por su persona, como se espresa en el §. 5.º, *Institut. de interdictis*, y otros varios textos del derecho.

48 Síguese tratar ahora de los modos de adquirir la posesion, y hablando con propiedad y precision debe decirse, que en realidad solo hay uno, y es el que se ejercita por el cuerpo y por el ánimo, á causa de que uno y otro han de concurrir junta y simultáneamente, de forma que no puede adquirirse ni con solo el cuerpo ni con solo el ánimo, sino que ha de intervenir uno y otro, como se ordena en la ley 3.ª, §. 1.º, ff. *de adquirenda possesione.*

49 Cuando se dice que ha de intervenir el cuerpo se entiende que ha de mediar algun acto corporal que manifieste ó denote la aprehension de la cosa que se ha de poseer, segun el §. 3.º de la misma ley, y por ánimo se ha de entender la voluntad y deseo de poseer, como se indica en la ley 1.ª, §. 3.º *eod.*, y la 41 *eod.*

50 Cuando se dice que ha de interve-

nir acto corporal, no se entiende que ha de ser precisamente de tal especie que se ejecute con los pies ó con las manos, que á la verdad es el mas propio para adquirir la posesion natural, como se indica en la ley 1.ª, §. 1.º *eod.*, sino que basta que el acto que intervenga equivalga al corporal de la aprehension, como despues se dirá; y aunque parezca que en la ley 19, §. 21, y en la 51 *eod* solo se requiere el ánimo, en realidad interviene un acto que equivale al corporal, como se ve en las espresadas leyes, y solo se denota que no es necesario el mas comun y ordinario con que se ejecuta la aprehension por ministerio de manos ó pies.

51 Aunque estos actos del cuerpo y del ánimo han de concurrir simultáneamente sin que baste el uno sin el otro, como se ha dicho, hay no obstante una diferencia entre ellos digna de notarse, y es que el ánimo ha de ser personalmente nuestro, y el cuerpo puede ser ageno, segun se espresa en la ley 3.ª, §. 12. La causa de esta diferencia consiste en que nadie puede querer sino para sí mismo, por ser un acto que inmediatamente depende de la voluntad propia, á diferencia del que se ejecuta con el cuerpo, que indistintamente puede hacerse por el nuestro ó por el ageno.

52 La aprehension ó es natural ó fingida; la primera se verifica en aquellas cosas que siendo muebles y corpóreas se reciben con la mano, y tambien las que se hacen con los pies en las cosas inmuebles, como por ejemplo entrando en un campo, en fincas vinculadas ó en un terreno, sin que sea necesario para aprehender el todo de una finca entrar en cada una de sus partes, sino que bastará aprehender una de ellas, para que se entiendan aprehendidas todas, ni tampoco es necesario insistir naturalmente con continuacion en la aprehension, siendo suficiente haber hecho la aprehension una vez para continuar en la posesion, como espresamente se dice en la ley 3.ª, §. 1.º, ff. *eod.*

53 La fingida es aquella que se ejerce por medio de un acto que por interpretacion de derecho equivale ó tiene fuerza de aprehension corporal, como por la vista, por la entrega de llaves ó del instrumento del contrato, por la tradicion que se llama abreviada, por la custodia ó guarda que se pone á la cosa, ó la marca con que se señala por el constituto, por la investidura alusiva de la entrega del bonete ó espada, por la retencion del usufructo, y por la conduccion que hace el vendedor de la cosa vendida, de cuyos actos de aprehension y de posesion hace espresa mencion Gomez en el comentario á esta ley desde el número 45, en donde cita las leyes comprobantes del derecho civil de cada uno de ellos, donde podrán verse.

54 De lo dicho se infiere que la posesion se adquiere por medio de una aprehension material y real, ó fingida, designada por algun acto interpretativo de la aprehension verdadera, de forma que siempre intervenga un acto corpóreo de verdadera ó fingida aprehension, bien sea en la adquisicion de la posesion por título particular ó universal.

55 A consecuencia de esto resulta la duda si por la ley ó estatuto podrá disponerse que en algun caso pase y se adquiera la posesion *ipso jure*, sin que intervenga ningun acto corpóreo de verdadera ó fingida aprehension de la posesion.

56 Con motivo de disponer la presente ley de Toro que muerto el testador del mayorazgo, luego sin otro acto de aprehension de posesion se traspase la posesion civil y natural en el siguiente en grado que hubiere de suceder en él, han examinado este punto los comentadores de dicha ley, como puede verse en Gomez al número 111, y entre otros el señor Molina en el capítulo 12 del lib. 3.º *de primogenitis*, aunque así este autor como el Gomez convienen en que la ley pudo disponer que se transfiriese la posesion civil y natural en el sucesor del mayorazgo, sin que intervenga ningun acto de verdadera ó fingida aprehension, y esponen los fundamentos de su opinion.

57 Quien á mi parecer examina con mas claridad y solidez este punto es el señor Covarrubias en el lib. 3.º de sus Varias, capítulo 5.º, número 6.º Antes de entrar á esponer las razones que persuaden la justicia de la disposicion de la ley, y satisfacer á los argumentos que la combaten é impugnan, será bien advertir que por derecho civil de los romanos no hay ley alguna que ordene pueda transferirse la posesion sin que intervenga algun acto de verdadera ó fingida aprehension.

58 El principal fundamento de la opinion contraria estriba en que por derecho natural se requiere la aprehension para adquirir la posesion de las cosas que se ocupan.

59 Haciéndose cargo de este argumento el señor Covarrubias en el lugar citado, afirma que aunque sea cierto que por derecho natural sea necesária la natural y verdadera aprehencion de aquellas cosas que no eran de alguno, por no haberse introducido la distincion de dominios, esto no obstante, dice que no se infiere que en las cosas ya adquiridas por haberse introducido la distincion de dominios sea necesario por derecho natural el acto de aprehension para adquirir la posesion de ellas, fundándose para ello en que por derecho natural no se halla prohibida esta transmision de la posesion, y por lo tanto se puede establecer por derecho civil, si lo tiene por conveniente el legislador; y haciéndose cargo de lo que dispone la ley 1.ª, ff. *de adquirenda possesione*, y la 1.ª, ff. *de adquirendo rerum dominio*, que fundan su adquisicion en la razon natural con que insisten en la cosa, dice que aquella espresion se refiere á la corporal detencion, que se diferencia mucho de la posesion civil y natural.

60 La corporal detencion de una cosa no se puede adquirir de otro modo que por la ocupacion que se ejecuta por un acto corporal, y por lo tanto no debe inferirse de lo que sucede en la detencion á lo que acontece en la adquisicion de la posesion, aunque es cierto que cuando no se habia introducido la distincion de dominios, las cosas comunes, y que no estaban en potestad de ninguno las adquiria por derecho natural el primero que las ocupaba. No se infiere de esto que el mismo derecho natural hubiese prohibido que la ley positiva humana introdujese otra forma de adquisicion, de que deduce el señor Covarrubias que puede la ley humana por utilidad de la república y comodidad de los hombres establecer que las fieras, los animales indómitos y los peces de los rios y del mar pasen al dominio y posesion de alguno, sin que intervenga la ocupacion material ó corporal.

61 Aun se convence mas esto mismo de la doctrina inconcusamente recibida por los autores, de que la posesion se adquiere por un acto de aprehension fingida, porque si por derecho natural se requiere un acto de verdadera aprehension, no puede la ley positiva humana hacer que baste un acto de aprehension fingida, que en realidad no precedió, porque con semejante ficcion se derogaria el derecho natural, lo que no es permitido segun los mismos autores.

62 Si acaso se dijere que la ley positiva humana por justa causa, interpretando la ley natural, podia establecer que por un acto de aprehension fingida se adquiriese la posesion conformándose con esta doctrina infiere el señor Covarrubias, que tambien por justa causa podrá establecer la ley positiva humana, que sin intervencion de ningun acto de aprehension fingida se transmita y adquiera la posesion.

63 Tambien apoya y confirma la disposicion de la ley de Toro, con la costumbre que se observa en Francia, de que la posesion del difunto se transfiera á su heredero, aunque sea estraño, sin que intervenga ningun acto de aprehension.

64 Consiguiente á estos principios dispuso la ley 7.ª, tít. 4.º de la partida 5.ª, que si alguno hiciese donacion á otro de cierta cosa hasta tiempo señalado, valdria la donacion hasta aquel dia, y de alli en adelante se transferiria la posesion y dominio de la cosa á quien hubiera mandado el donante, bien fuese su heredero ó algun otro tercero: en donde se ve que la posesion de la cosa donada al primero se transfiere al segundo, sin que intervenga ningun acto de verdadera ó fingida aprehension. Si, pues, la ley de partida reconoció y dispuso que se puede transferir y adquirir la posesion sin que medie ningun acto esterno de aprehension, no debe estrañarse que la ley de Toro dispusiese lo mismo en cuanto á transferirse la posesion de los bienes vinculados por la muerte del poseedor del mayorazgo en el sucesor inmediato.

65 Añade la ley que se entienda que pasa la posesion civil y natural, en lo que nota Gomez una particularidad especial, porque dice que si la ley no espresára que pasase tambien la posesion natural, solo se debia entender que pasaba la posesion civil, porque adquiriéndose *ipso jure* por misterio de la ley, no deberia entenderse adquirida la posesion natural, que requiere para su adquisicion un acto corpóreo verdadero ó fingido.

66 A esta observacion de Gomez se satisface diciendo que no encierra ninguna particularidad la disposicion de la ley, porque aun cuando no espresára que se adquiriese la posesion natural, debia entenderse adquirida, porque como queda arriba demostrado, la posesion es solo una en realidad, y solo se diferencia en el modo con

que se tiene: si se conserva con el cuerpo, se llama natural, y si con el ánimo en ausencia se la reputa por civil, sin que la posesion civil y natural se divida en dos especies distintas.

67 Mas consideracion merece la otra particularidad que añade la ley, de que se transfiera la posesion en el siguiente en grado, aunque haya otro tomado la posesion de los bienes en vida del testador del mayorazgo, ó él mismo haya dado á otro la posesion de ellos; pero sin embargo debe reconocerse que pudo la ley privar al que estaba en posesion de los bienes de la posesion de ellos, asi como pudo transferir la posesion en el inmediato sucesor, sin que interviniese ningun acto de aprehension, pues no es mas dificil lo uno que lo otro. Cuando se dice que por ministerio de la ley se transfiere la posesion, ó se priva de ella al que la tenia, no debe entenderse esto materialmente porque la ley no puede hacer que el que no tiene una cosa la tenga, ó el que la tiene la deje de tener, sino que debe entenderse legal y jurídicamente de los efectos que segun derecho causa la posesion, y asi lo que la ley dispone es que la posesion que se transfiere por su ministerio produzca los mismos idénticos efectos que si se hubiera transferido por medio de un acto corporal de aprehension, y priva al anterior poseedor de los efectos legales que le competian en virtud de la posesion.

68 En suma, en lo que la ley de Toro escedió á la ley de partida, y á lo establecido por los estatutos de Francia é Italia, que transferian la posesion sin que mediase ningun acto de aprehension, fue en que dicha ley quiso comprender en su disposicion el caso de que un tercero se hallase en la posesion de los mismos bienes, como lo observa el señor Molina en el cap. 12, del lib. 3.º, número 7.º

69 Podrá dudarse si la posesion que se tranfiere por solo el ministerio de la ley sin intervencion de algun acto esterno de verdadera ó fingida aprehension es en realidad verdadera y produce todos los efectos de la que se adquiere por la natural aprension. Gomez entre otros en el número 111, §. *et in tantum*, se propone esta duda, y el señor Molina en el número 13 del citado cap. 12, y ambos convienen en que la posesion que se transfiere por el ministerio de la ley es real y verdadera, y produce los mismos efectos que la que se adquiere por la natural aprehension, y fundan su opinion en que la posesion que se adquiere por un acto de aprehension fingida todos la tienen por real y verdadera, y la atribuyen todos los efectos propios de la posesion, como se manifiesta por las leyes que se han citado del derecho civil, y se corrobora por el capítulo 3.º, *contigit, de dolo et contumatia*, en donde se dispone que si el actor no ha podido ser puesto en la verdadera posesion de los bienes del reo contumaz, se tenga el actor por verdadero poseedor pasado el año: es asi que el acto de aprehension fingida no es mas eficaz para suplir la aprehension verdadera que la disposicion de la ley que ordena se adquiera la posesion por solo su ministerio sin intervencion de ningun acto esterno, luego si por la aprehension fingida se adquiere la verdadera posesion con todos sus efectos, lo mismo debe decirse en el caso de la disputa.

70 Aun se convence esto mismo con menos palabras y mas claridad, porque si la ley ha podido hacer que la aprehension fingida produzca todos los efectos de la verdadera, no se alcanza cómo ha de poder negarse que pueda sola la ley suplir las veces de la aprehension fingida, que nada tiene de realidad.

71 La disposicion de esta ley no se limita únicamente á la posesion de los bienes, sitios ó raices, sino que se estiende tambien á los muebles, con tal que sean de mayorazgo ó esten vinculados, como lo persuaden sus palabras, en donde hablando de los bienes de mayorazgo espresa, que bien sean villas ó fortalezas, ó de otra cualquiera calidad, muerto el tenedor del mayorazgo, pase la posesion civil y natural en el siguiente en grado.

72 Es duda mas de lujo que de utilidad la que suscitan los autores acerca de si la posesion que se transfiere por ministerio de la ley en el sucesor del mayorazgo es la misma ó diversa de la que tenia el antecesor: digo que esta cuestion es mas de lujo que de utilidad, porque los mismos idénticos efectos produce en un caso que en otro.

73 Antonio Gomez examina esta duda al número 114 de la presente ley, y despues de haberse propuesto los argumentos y razones que parece persuaden que la posesion que se traspasa es la misma que te-

nia el difunto, resuelve que era diversa y distinta, fundándose entre otras razones en que dispone la ley que la posesion se transfiera en el sucesor del mayorazgo, aunque otro la haya tomado en vida del poseedor ó despues de su muerte; porque si el poseedor ya la habia perdido antes de morir, no podia ser la misma, sino diversa y distinta, la que se transferia en el sucesor.

74 El señor Molina trata esta misma cuestion en el libro 3.º, capítulo 12, número 22 *de primogenitis*, y sigue la opinion de Gomez.

75 Tambien es duda concerniente á esta materia si lo que dispone la ley acerca de transferirse por su ministerio la posesion civil y natural se ha de estender á la casi posesion, que es la posesion de los derechos incorporales.

76 El señor Molina se propone esta duda en el número 23 del lugar citado, y se declara por la parte afirmativa citando á Menchaca *de succ. resol.* lib. 1.º, §. 10, números 25 26 y 27, donde afirma que la misma razon milita para que se transfiera la casi posesion por el ministerio de la ley que la posesion; y á la verdad bien considerado, si por la ley se suple la aprehension verdadera y ficta en la posesion de las cosas corporales, con mayor razon se ha de suplir la aprehension ficta en los derechos y cosas incorporales.

77 Antes de pasar á esponer los efectos que causa la posesion, y los diferentes modos con que se pierde y acaba, corresponde examinar aqui, como en lugar oportuno, la interesante cuestion de si dos pueden poseer á un tiempo una misma cosa.

78 Cujacio trata en términos espresos esta duda en el lib. 9.º, cap. 32 y 33 de sus observaciones, y en el Comentario á la ley 3.ª, §. 5.º, ff. *de adquirenda possesione*, y supone que esta cuestion trae su orígen de los jurisconsultos antiguos, discípulos ó sectarios únos de Próculo, y otros de Sabino, de los cuales unos siguiendo al primero, negaban que dos pudiesen tener á un tiempo la posesion de una misma cosa, y los discípulos del segundo afirmaban lo contrario, y en esta variedad de dictámenes supone tambien Cujacio se decidió la disputa á favor de los discípulos de Próculo, que sostenian que no podian poseer dos *in solidum* una misma cosa civil ni naturalmente, ni justa ni injustamente, cuya sentencia sigue y abraza Cujacio en los lugares citados.

79 Sin embargo de que tengo por mas fundada y cierta la opinion de este autor, puede dudarse de su asercion por lo que respecta á haberse decidido la duda á favor de los sectarios de Próculo, por no poder negarse que hasta nuestros dias ha continuado desde entonces la misma disputa, y puede afirmarse sin riesgo de equivocacion que son mas los modernos que han seguido la sentencia de Sabino y los suyos que la de Próculo.

80 Del dictámen de Cujacio son entre otros Donelo en el lib. 5.º, cap. 6.º, §. *notandum*, de los Comentarios del derecho civil, y en la esposicion de la ley única C. *uti possidetis*, número 8.º, Valencia en el lib. 1.º, tratado 2.º, cap. 3.º, número 14 y siguientes, Pichardo en el lib. 4.º, tít 15 *institutionum de interdictis*, número 44, y Gonzalez Tellez en las notas al cap. 9.º decretal. *de probationibus*, número 17, con otros.

81 La contraria opinion la defienden entre otros muchos Bartolo en el Comentario á la citada ley 3.ª, §. 5.º, ff. *de adquirenda possesione*, Pedro Federico Mindano en su tratado *de adquirenda possesione*, que muy de intento examinó el punto, á quien sigue don Gerónimo de Oroz en el lib. 4.º, cap. 10 de su obra *de apicibus juris*, donde con el mayor empeño examina este punto, proponiendo los fundamentos de su opinion, y respondiendo á los de la contraria, por lo que me he propuesto hacerme cargo de todos sus argumentos, despues de proponer los fundamentos que alega Cujacio y los que le siguen, para manifestar la debilidad de las razones con que intenta apoyar Oroz su opinion.

82 El jurisconsulto Pablo, en la ley 3.ª, §. 5.º, ff. *de adquirenda possesione*, habla tan decisivamente en este punto, que nada deja que desear en la materia; afirma que muchos no pueden poseer totalmente, ó *in solidum*, una misma cosa, y se funda para ello en que es repugnante á la naturaleza el que lo que uno tiene, lo tenga tambien otro. Refiere á continuacion la opinion del jurisconsulto Sabino, que afirmaba que la cosa dada en precario la poseia el que la recibia y el que la daba, y tambien la de Trevacio, que opinaba que podian dos poseer una mis-

ma cosa, el uno justa y el otro injustamente; pero no injustamente los dos, ó justamente los mismos; y por último, concluye que no es menos dificil y repugnante que una misma posesion la puedan tener dos á un tiempo, que el que uno esté en el lugar que ocupa otro, ó que se siente donde ya haya alguno sentado.

83 El jurisconsulto Ulpiano en la ley 5.ª, § 15, ff. *commodati*, afirma en términos espresos que el dominio ó posesion de una cosa no puede ser de dos *in solidum* al mismo tiempo.

84 Ultimamente, el jurisconsulto Juliano en la ley 19, ff. *de precario*, sostiene que no es mas fácil que dos posean una misma cosa *in precario*, que por fuerza ó clandestinamente, y concluye que no pueden unirse y juntarse dos posesiones, aunque sean justas ambas, ó injustas.

85 Se hace cargo Cujacio de que el jurisconsulto Pomponio en la ley 15, § 4.º, ff. *de precario*, despues de decir que no cabe duda en que adquiere la posesion el que pidió el precario, suscita la duda de si poseerá tambien el que lo dió, y resuelve que uno y otro poseerán, con la diferencia de poseer con el cuerpo el que lo ha recibido, y con el ánimo el que lo ha dado, porque no ha perdido la voluntad de poseer; y en satisfaccion de este testimonio de Pomponio dice Cujacio que dicha ley se tomó de los escritos que formó Pomponio comentando al jurisconsulto Sabino, y como este admite dos poseedores á un tiempo, siguió la opinion del que comentaba; pero como se declaró despues que la sentencia de Labeon era mas fundada, y que solo poseia el que recibió el precario, no debe darse mas valor á la citada ley de Pomponio que á la sentencia y opinion de Sabino, que se abandonó por infundada.

86 En la ley 3.ª, ff. *uti possidetis*, propone el jurisconsulto Ulpiano la duda á quién competerá el entredicho si dos poseen *in solidum* una misma cosa, y la resuelve con esta distincion de casos; si yo poseo con justa causa y tu por fuerza ó clandestinamente, si de mí has adquirido la posesion, me compete el entredicho contra tí; pero si la has adquirido no de mí, sino de un tercero, ninguno de los dos podrá usar del entredicho, porque tú y yo poseemos; de que se infiere que Ulpiano creyó que dos podian poseer á un tiempo una misma cosa.

87 Haciéndose cargo Cujacio de este argumento en el capitulo citado de las observaciones, dice que las palabras de que usa la ley, á saber, *si quis proposuerit*, indican que hablaba en la suposicion de que se tuviese por cierta la opinion de Sabino y Trevacio, pero no porque Ulpiano la reconociese por tal, y que en el caso que se propone de que Ticio, por ejemplo, posea por fuerza ó clandestinamente de mí ó de otro, solo él posee, y no yo, aunque yo le venceré con el entredicho si de mí tiene la posesion por fuerza ó clandestinamente, porque aunque en realidad no posea yo, me se reputa como poseedor, y me compete el entredicho *unde vi* ó el de la posesion clandestina, como se resuelve en la ley 17, ff. *de adquirenda possesione*, en donde el mismo Ulpiano declara que el que ha sido despojado por fuerza se debe considerar como si poseyese, por competirle el entredicho de fuerza. Si el que ha sido despojador por fuerza de la posesion en realidad no posee, sino el que lo ha despojado, segun Ulpiano, ¿cómo podria conciliarse que en la ley 3.ª citada fuera su ánimo confirmar y admitir que el despojado y el despojante poseían á un mismo tiempo la cosa?

88 De lo dicho se convence que las dudas que propone y suscita Ulpiano en la citada ley 3.ª, ff. *uti possidetis*, son con referencia á los que seguian la opinion de Sabino. Para mayor convencimiento de esta verdad, y dar un testimonio irrefragable de que el jurisconsulto Ulpiano no admitia que el despojado por fuerza de la posesion de una cosa la retuviese y conservase, basta tener presente que el mismo jurisconsulto en la ley 1.ª, §. 1.º, ff. *de vi, et de vi armata*, afirma que el entredicho *de vi* se concede al despojado por fuerza para que recupere la posesion, y lo mismo repite en el §. 32 de la misma ley.

89 Si, pues, el despojado recobra por el entredicho *de vi* la posesion que habia perdido, es claro que no la tenia, y aun cuando las leyes no hablaran con tanta espresion é individualidad en esta materia, la misma razon natural bastaba para convencerse cualquiera que no es posible, sin incurrir en una vergonzosa contradiccion, afirmar que uno puede recuperar lo que no ha perdido, ó retener lo que le han quitado, y asi los defensores de la opinion de que dos pueden poseer á un tiempo una misma cosa, es necesario que nieguen abier-

tamente las leyes que afirman que el despojado por fuerza de la posesion no posee, y sí el despojante, que son bastantes, asi en el tít. ff. *de adquirenda possesione*, como en el *de vi*, sino que tambien han de negar que el entredicho *unde vi* competa y se conceda al que ha perdido la posesion por fuerza para recobrarla, como lo afirma el Emperador Justiniano en el §. 6.º, *institut. de interdictis.*

90 Otro argumento se propone Cujacio sacado del §. 18 de la ley 15., ff. *de damno infecto*, en el que se dice que cuando muchos se ponen en la posesion por decreto de juez, todos entienden que se han puesto en ella igualmente, y no á proporcion de la parte del daño que ha sufrido, y de que se ha de resarcir; de que parece inferirse que muchos poseen á un tiempo una misma cosa. A este argumento satisface Cujacio diciendo que aunque es cierto que muchos se ponen en la posesion *in totum*, es en virtud del primer decreto del juez que se da, no para que posean, sino para cometerles la guarda de la cosa, cuya esposicion se confirma y comprueba con lo que se dispone en los §. 20 y 21, en donde se dice en el primero que puede á uno ponérsele en la posesion, sin que por eso se entienda que se le manda poseer, y en el segundo se declara que no se entiende que el pretor por el hecho de poner á uno en la posesion inmediatamente le manda poseer.

91 Aun se convence esta esposicion con mayor claridad en el §. 23 de la ley 3.ª, ff. *de adquirenda possesione*, en donde el jurisconsulto Paulo gradúa de grande necedad al jurisconsulto Quinto Mucio porque ponia entre los géneros de posesion, aquella que se tenia en virtud del decreto del magistrado para custodia de la cosa, ó porque no se habia afianzado del daño causado, porque dice que cuando el juez pone en posesion por alguna de estas dos causas no se entiende que concede la posesion, sino la guarda ó custodia de la cosa.

92 Habiendo espuesto ya los argumentos que se habia propuesto Cujacio contra su opinion, paso á hacerme cargo de los que propone Oroz en comprobacion de la suya, y manifestar su poca solidez.

93 Al número 6.º del citado cap. 10 pretende inferir del número 7.º de la citada ley 3.ª, que por la comun opinion de todos los jurisconsultos se establece en dicha ley que dos pueden poseer una misma cosa *in solidum*, cuando dice que solo con el ánimo retenemos la posesion, aunque otro haya entrado en ella, y lo mismo dice que se infiere de la ley 7.ª, en donde afirma el mismo Paulo que si el que conserva con el ánimo la posesion no quiere volver al fundo, porque teme que se le repela, pierde la posesion, de que deduce que antes de perderla el que la tenia con el ánimo, se verificaba que dos poseían una misma cosa, á saber, el que habia entrado en el fundo y el que retenia con el ánimo la posesion.

94 Para que este argumento probase el intento que se propone Oroz debia hacer constar que entrar en el fundo y adquirir la posesion todo era una misma cosa, lo que no es fácil acreditar, por ser cosas muy diversas segun el jurisconsulto Ulpiano en el §. 1.º de la ley 10 *eod. tit.*, en donde con referencia á Pomponio dice que una cosa es poseer y otra muy diversa estar en la posesion, como sucede á los que tienen la cosa por causa de custodia ó por daño causado, los que dice no poseen, sino que estan en posesion, y lo mismo sucede y debe afirmarse del que entra en un fundo por todo el tiempo que el verdadero poseedor conserva con el ánimo la posesion, porque en tal caso, como afirma Cujacio en el Comentario al §. 6.º de la ley 3.ª, el que ha entrado en el fundo estando ausente é ignorante el poseedor lo tiene ú ocupa corporalmente, y el dueño conserva la posesion.

95 Otro argumento con que intenta fundar su opinion Oroz lo toma de la ley 6.ª, §. 1.º, ff. de este título, en donde con referencia á Labeon dice Ulpiano que dos pueden ser poseedores de una misma cosa, cuando afirma que el que se ha ausentado á una feria, y el que en su ausencia ocupa la posesion, poseen juntamente, porque asi como ninguna posesion se adquiere sin concurrencia del ánimo y del cuerpo, tampoco se pierde si no concurren ambos requisitos; es asi que el que fue á la feria retiene el ánimo de volver al fundo, con que conserva la posesion, y tambien el que ocupó la posesion se declara en la misma ley que posee clandestinamente, con que se infiere claramente que dos poseen *in solidum* una cosa á un mismo tiempo.

96 Para satisfacer á este argumento se ha de suponer con Cujacio que esta ley

pertenece al título de prescripciones, y que en su primera parte dispone que el que empezó á poseer clandestinamente una cosa no la puede prescribir, aunque despues creyese que tenia justo título para poseerla porque principió con mala fe, y al contrario el que empezó á poseer con buena fe, aunque despues se ocultase ó celase del dueño, no interrumpiria la prescripcion incoada; por fundamento de esta distincion ó diferencia se establece en la misma ley que no debe atenderse á la causa de obtener la posesion, sino al orígen y principio de adquirirla, y lo mismo se declara en términos bien espresos en la ley 40, §. 2.º de este título.

97 Contrayéndome á la esposicion del §. 1.º de esta ley, digo que el que fue á ferias y en su ausencia ocupó otro la cosa, retiene el ausente con el ánimo la posesion que antes tenia hasta que con noticia de que otro habia ocupado la posesion temiese volver á la cosa poseida, que en tal caso se entiende haber perdido la posesion, como se declara en la ley 3.ª, §. 8.º, en la 7.ª, en la 25 §. 2.º, y en la 46, con lo que queda reducida únicamente á indagar si el que ocupó la cosa en ausencia del verdadero poseedor posee real y verdaderamente, para cuya averiguacion basta referir la esposicion de Cujacio en el Comentario á la ley 3.ª, §. 8.º, en donde se propone un caso muy semejante al de la ley 6.ª, á saber, si unos ladrones habiendo ocupado una casa se le da noticia al dueño de esta novedad, y se abstiene de volver á ella, en cuyo caso, como se ha dicho, no hay la menor duda de que el dueño pierde la posesion; hablando, pues, Cujacio de este caso afirma que asi como el dueño no pierde la posesion hasta que teniendo noticia de la ocupacion la consiente, del mismo modo los ladrones no empiezan á poseer la casa ocupada hasta que el dueño ha dejado la posesion, porque hasta entonces los ladrones no poseen, sino solamente estan en la posesion, que es cosa muy distinta de poseer.

98 Por ventura se dirá que la misma ley 6.ª declara en términos espresos que posee clandestinamente el que entra furtivamente en la posesion ignorándolo aquel que la tenia, con que si este conserva con el ánimo la posesion hasta que noticioso de habérsela ocupado otro consiente la ocupacion absteniéndose de volver á la cosa poseida, se infiere y deduce por una consecuencia necesaria que dos poseen á un mismo tiempo una cosa todo aquel espacio que media entre la ocupacion del primero hasta la noticia y adquiescencia del segundo.

99 A esto se ha de responder diciendo que el que ocupa una cosa ignorándolo el dueño posee clandestinamente, segun la espresion de la ley; pero esto no se ha de entender en un sentido propio y rigoroso, sino del figurado ó impropio de que algunas veces usan las leyes en esta materia; y asi se ve que hablando del usufructuario dice la ley 12, la 49 y otras, que posee naturalmente; y esto no obstante es fuera de toda duda que en realidad no posee, sino que está en la posesion, como claramente se espresa en la ley 6.ª, ff. *de precario*, y en el §. 4.º *institutionum, per quas*, y lo mismo se entiende del colono inquilino, segun dicha ley 6.ª, §. 2.º

100 Tambien puede decirse sin nota de arbitrariedad que el atribuir la ley la cualidad de poseedor al que ha entrado en la posesion clandestinamente es con referencia al estado que tendrá despues que el dueño ó poseedor tenga la noticia y manifieste su tolerancia, de forma que por el acto de la ocupacion clandestina consiga estar en la posesion, y por la noticia y tolerancia la adquiere verdaderamente.

101 La misma ley bien reflexionada ofrece un claro testimonio de esta verdad: se sienta en ella por principio constante que no se ha de atender á la razon ó causa con que de presente se tiene la posesion, sino el origen de su adquisicion, y sin embargo á continuacion dice en el §. 1.º que el que ocupó la posesion clandestinamente en ausencia ó ignorándolo el señor, si despues resiste á este cuando quiere ocupar la cosa poseida, se entiende que el primero no posee clandestinamente, sino por fuerza ó *vi*, con que es claro que por la ocupacion que hizo al principio clandestinamente no adquirió la verdadera posesion porque de haberla adquirido no se dijera que poseía *vi* cuando repelió al señor por haber empezado á poseer clandestinamente, y quiere la ley que se atienda al orígen de adquirir la posesion, y no á la razon de obtenerla, de que se infiere que el que ocupó la cosa sin noticia del dueño no la posee clandestinamente hasta que interviene la noticia y adquiescencia

del dueño, porque si antes poseyera clandestinamente no se diria que poseía *vi* cuando resiste al dueño que pretendia recuperar la cosa.

102 Siguiendo su empeño Oroz, propone varios casos en que dos á un tiempo tienen la posesion de una cosa: si el arrendatario ó conductor vende el fundo y lo toma en arrendamiento del comprador, y á uno y otro paga la pension ó arriendo, tanto el que locó la cosa al principio como el segundo locador, dice que tienen la posesion de ella, segun la ley 32, §. 1.º de este título; pero en realidad dicha ley nada dice de lo que se le atribuye en cuanto á que el comprador que locó la cosa adquiera la posesion de ella, pues únicamente resuelve el jurisconsulto Paulo que el primer locador ó que dió la cosa en arrendamiento retiene la posesion ínterin que el conductor le satisfaga la pension, sin que diga nada acerca de adquirir la posesion el que compró la cosa del conductor, y Cujacio comentando dicha ley, distingue y afirma que si el primer arrendatario paga la pension al que le dió la cosa, conserva este la posesion, que es lo que literalmente resuelve la ley; pero si dejase de satisfacerle la pension perderia la posesion de ella.

103 Propone otro ejemplo en la cosa que se da en prendas al acreedor, la que dice que no solo la posee civilmente el dueño por razon de la propiedad, sino que tambien la posee el acreedor por razon de la prenda; lo que es tan cierto, que el acreedor la posesion corporal que tiene en la cosa la puede dar en precario ó conducto al mismo deudor, en cuyo caso posee por él, como espresamente se dice en la ley 36 y 37 de este título.

104 Para satisfacer á este argumento basta decir que aunque es cierto que el acreedor posee real y verdaderamente la cosa que se le dió en prendas, como espresamente se resuelve en las dos citadas leyes, y en la 35, §. 1.º, ff. *de pignoratitia actione*, no es cierto que el deudor la posea tambien al mismo tiempo por razon de la propiedad, porque siendo esta distinta de la posesion, puede obtener la una sin la otra, á mas de que si porque el deudor retiene el dominio de la cosa dada en prendas se hubiera de decir que tenia la posesion, era preciso confesar que el que habia sido despojado por fuerza de la posesion de una cosa, la retenia al mismo tiempo, porque tanto en este caso como en el de darla en prendas, conserva el deudor igualmente que el despojado el dominio de la misma.

105 Otro argumento de mayor eficacia al intento podia haber formado Oroz con las leyes que cita: tanto en la una como en la otra se supone que el acreedor á quien se ha entregado la posesion de la cosa la posee naturalmente, y sin embargo en dicha ley 36 se afirma en términos espresos que la posesion del acreedor no impide que el deudor continúe la prescripcion que tenia incoada en la misma cosa, y no pudiendo haber usucapion sin que haya posesion, segun la ley 25, ff. *de usucapionibus*, se deduce que el deudor tenia la posesion de la cosa que estaba prescribiendo, y como tambien la poseía el acreedor, se sigue por una consecuencia necesaria que los dos poseían á un tiempo una misma cosa.

106 A esta dificultad, que á primera vista parece indisoluble, responde Cujacio en el Comentario á dicha ley 36 diciendo, que por razon de utilidad se ha establecido que el deudor continúe en la prescripcion aunque no tenga la posesion de la cosa que ha dado en prendas al acreedor, con lo que queda suficientemente desvanecida la duda, sin que pueda graduarse de arbitraria esta esposicion, cuando en el §. 4.º de la ley 33, ff. *de usucapionibus*, se dice en términos espresos que el que da una cosa en prendas continúa usucapiéndola por todo el tiempo que la cosa permanece en poder del acreedor, de que se ve que este en realidad tiene la posesion, y el deudor continúa la usucapion incoada, sin embargo de carecer de ella, y lo mismo se resuelve en la 16 de dicho título.

107 De esta misma ley se convence que el deudor que prescribe en el caso espresado no tiene la posesion de la cosa. Despues de haber dicho el jurisconsulto Juliano que el que da una cosa en prendas al acreedor la puede prescribir por todo el tiempo que permanece en poder de este, pasa á manifestar lo que sucederia si el acreedor diese á otro la posesion de aquella misma cosa, y afirma que entonces se interrumpiria la prescripcion del deudor, de que se infiere que este no poseía antes, porque si hubiera poseido, asi como la posesion del acreedor no le impedia el que retuviese la suya para continuar la pres-

cripcion, del mismo modo no le deberia servir de estorbo para seguir en ella el que el acreedor diese á otro la posesion que él tenia, y sin embargo en este caso dice el jurisconsulto que se interrumpiria la prescripcion del deudor, con que es claro que este no poseía, porque el que la posesion del acreedor pasase á un tercero no podia privar al deudor de la posesion en que estaba, y de consiguiente es preciso decir, que el continuar el deudor en la prescripcion de la cosa dada en prendas es privilegio concedido por la ley en utilidad suya, como afirma Cujacio.

108 Tambien se infiere de la decision de esta ley contra el argumento propuesto por Oroz, que la cosa dada en prendas no la poseen á un mismo tiempo el acreedor y el deudor, porque si este la poseyera habia de ser con posesion distinta de la que tenia el acreedor, y no la perderia cuando este la daba á un tercero, asi como no la perdió en el concepto de Oroz el deudor, cuando entregó la cosa al acreedor, y si en el caso espresado puede el acreedor y el deudor poseer á un tiempo una misma cosa, ¿qué razon hay para que por el hecho de dar el acreedor pignoraticio la posesion de la cosa á un tercero, la pierda el deudor, y no suceda lo mismo cuando este la entrega al acreedor?

109 No es menos ineficaz para probar su intento el argumento que pretende formar Oroz de la ley 40 de este título, en donde resuelve el jurisconsulto Africano, que si despues de haber entregado el deudor un fundo al acreedor, un siervo de este le despojase de la posesion, aun en este caso poseía el acreedor, porque retenia la posesion por la persona de su siervo, de cuya resolucion infiere Oroz por mera arbitrariedad que el jurisconsulto reconoce tres poseedores á un tiempo de una misma cosa, á saber, el señor del fundo, el acreedor pignoraticio y el siervo de este, lo que es absolutamente falso, porque el señor del fundo no conserva la posesion de él cuando lo ha entregado en prendas al acreedor, como se ha demostrado arriba, y es igualmente falso que el acreedor pignoraticio pierda la posesion cuando un siervo suyo lo ha echado de ella, como claramente se resuelve en la ley 15 de este título, en donde se dice que si el que está bajo la potestad de otro le substrae ó roba alguna cosa, no pierde la posesion de ella, ínterin permanezca en la persona del que la substrajo.

110 Aun ofrece un testimonio mas claro de esta verdad la ley 33, §. 6.º *de usucapionibus*, en donde hablando el jurisconsulto Juliano de un caso idéntico al que propone la ley 40, afirma que si la cosa dada en prendas al acreedor la robase ó substrajese un siervo suyo, no se interrumpiria la prescripcion del deudor, porque el acreedor continuaba en la posesion de la misma cosa, con lo que manifiestamente declara el jurisconsulto que en tal caso por la substracion del siervo no dejaba de poseer su dueño el acreedor: la razon de esto es, porque los dueños adquieren por sus siervos la posesion, como se establece en la ley 15 de este título, y en el §. 3.º, *instit. per quas personas cuique*, y seria una manifiesta contradiccion admitir que por los siervos adquieran la posesion sus señores, y que estos no tuvieran la que tenian sus siervos. Se sigue, pues, de lo dicho que donde Oroz encuentra tres poseedores no hay mas que uno solo, y este es el acreedor pignoraticio.

111 Aun es mas futil é infundado el argumento que intenta sacar de la ley 3.ª, §. 12, ff. *ad exhibendum*, donde dice el jurisconsulto Pomponio que pueden muchos pedir á un tiempo la exhibicion ó manifestacion de un mismo hombre, de que infiere Oroz que son otros tantos los poseedores de dicho hombre. Para conocer la arbitrariedad de esta ilacion basta suponer que el ejemplo ó caso que propone el jurisconsulto es que uno sea señor del hombre que se pide exhibir, otro tenga en él el usufructo, un tercero pretenda la posesion, y un cuarto que le está obligado en prendas: en dicho caso se ve que solo uno pretende que tiene la posesion en el hombre que se ha de exhibir, y sin embargo infiere Oroz que cuatro son los que poseen, y aun añade que si aquel contra quien se pide pretende que tiene tambien la posesion, serán cinco los poseedores de un mismo hombre, sin hacerse cargo que el que pide la exhibicion por dominio, por derecho de usufructo y por estarle obligado en prendas, no dicen que poseen, sino que les pertenece por los títulos que alegan; pero aun cuando todos pretendieran tener la posesion de aquel hombre, era un manifiesto absurdo inferir que todos lo poseían, por la gran distancia que hay entre demandar una cosa en juicio por cierto título, y tenerlo en realidad, como se ve en los juicios pe-

titorios ó de propiedad, en que muchos piden se declare corresponderles *in solidum* el dominio de una cosa, y no obstante esto solo uno es el que se declara por verdadero señor de ella.

112 Lo mismo se observa en los juicios posesorios, pero donde mas bien se ve esto con una luz irresistible es en el juicio de tenuta ó de posesion de bienes de mayorazgo, en que por lo regular son muchos los que pretenden á un tiempo habérseles deferido por el ministerio de la ley de Toro la posesion civil y natural de los bienes vinculados, y sin embargo solo uno, con esclusion de todos los demas, se le declara por la sentencia poseedor de los bienes, sin que nadie hasta ahora se haya atrevido á decir que todos los que litigan en esta clase de juicios sean en realidad verdaderos poseedores. Es, pues, claro que en el caso de la ley que cita Oroz, el que cuatro á un tiempo pidan la exhibicion ó manifestacion de un hombre por distintos títulos, y lo mismo se ha de decir aunque fueran de la misma especie, no arguye, ni supone que todos lo poseen, sino únicamente se deduce, como la misma ley lo espresa, que todos tienen interés en la exhibicion ó manifestacion de aquel hombre.

113 Igualmente infundados y desatendibles son los argumentos que intenta hacer Oroz con los ejemplos que propone del usufructuario de un fundo y del señor de él, á quienes dice se da el entredicho *uti possidetis*, como á verdaderos poseedores, y con el de dos usuarios ó fructuarios que pueden poseer una cosa, no respecto de la misma especie, parte ó uso, sino diversamente.

114 He dicho que estos argumentos son desatendibles, pues aunque es cierto que al usufructuario se le concede el entredicho *uti possidetis*, cuando es inquietado en el goce del fundo que usufructúa, no es porque en realidad tenga la posesion de él, como en términos espresos lo afirma entre otras leyes la 6.ª, ff. *de precario*, y aun con mas claridad el Emperador Justiniano en el §. 4.º del título de las instituciones *per quas personas cuique*, en donde hablando del usufructuario, dice que no puede usucapir, y alega dos razones para ello, la una porque no posee, y la otra porque sabe que el fundo es ageno, con lo que manifiesta que la imposibilidad de que pueda prescribir el usufructuario, no proviene únicamente de la mala fé ó ciencia de que el fundo es ageno, sino tambien de la falta de posesion, porque como todos saben, sin posesion no puede haber usucapion, segun la ley 25, ff. *de usucapionibus*.

115 La causa, pues, de que se le dé al usufructuario, sin embargo de no poseer, el entredicho *uti possidetis*, y tambien el *de unde vi*, como se dispone en la ley 4.ª, ff. *uti possidetis*, y en la ley 3.ª, §. 13, ff. *de vi*, es como afirma Cujacio en el capítulo 33 del libro 9.º de las observaciones por pertenecer al mismo el emolumento y utilidad de la cosa que usufructúa, por cuya razon dicen varias leyes se le tiene por señor, y como á tal se le dan los entredichos posesorios, sin que en realidad posea naturalmente, por ser solo el dueño el verdadero poseedor que tiene la posesion por medio del usufructuario.

116 El ejemplo que se propone Oroz de dos usufructuarios ó usuarios de una cosa, fundado en la ley 19, ff. *de usu et habitatione*, es si cabe mas superficial, pues ya se ha visto que el usufructuario no posee real y verdaderamente, y si este no tiene posesion en la cosa que usufructúa, con mas razon no la ha de tener el usuario, que es, como afirma Justiniano en el §. 1.º, lib. 2.º, tít. 5.º *institutionum*, menos derecho tiene el usuario en la cosa que usa que el usufructuario en la que disfruta; pero aun es mas notable la irregularidad con que forma Oroz la ilacion que saca de la citada ley 19, pues disponiéndose en ella que el uso no se puede legar por una parte ó por mitad, y sí el usufructo, porque no se puede usar á medias, y sí usufructuar, infiere que pueden dos usuarios tener la posesion de una misma cosa á un tiempo; si el uso no se puede legar á dos de una cosa, ¿cómo es dable que haya dos usuarios de la misma á un tiempo? No se exime Oroz de la fuerza de esta reconvencion con decir que pueden poseer una cosa, con respecto á diversas partes de ella, porque entonces se olvida ó abandona el estado de la conclusion que se disputa, que estriba, como lo conoce Oroz al principio de este capítulo, en si pueden dos á un tiempo tener *in solidum*, y no por partes, la posesion de una misma cosa. Pero de este punto se tratará con mas estension despues.

117 Continúa aun proponiendo ejemplos, y refiere el del enfitéuta, que posee natural y civilmente la cosa que se le ha dado *en enfiteusis*, sin embargo de que el

señor del dominio directo retiene su posesion civil, respecto de dicho dominio, y aun añade, fundado en la autoridad de Bartolo (que es de su opinion), que el enfitéuta puede dar *en enfiteusis* á otro la misma cosa con aprobacion del señor directo, de que infiere Oroz que en tal caso serán tres los poseedores del fundo enfitéutico.

118 Este argumento, como los anteriores, no tiene mas solidez que la voluntad del que lo propone. Es constante que el enfiteuta posee natural y civilmente el fundo que se le ha dado, porque asi lo espresa la ley 15, §. 1.º, ff. *qui satis cogitur*; pero ni esta ni ninguna otra se hallará que diga que el señor del directo dominio conserve la posesion civil, que era lo que debia acreditar Oroz para probar su intencion. Que el enfiteuta sea verdadero poseedor lo comprueba el cap. *19 de restitutione spoliatorum* de las decretales, en que se le concede en caso de despojo el entredicho *recuperandæ*, y Vinnio en el §. 3.º, tít. 25, libro 3.º *institutionum*, número 6.º, afirma que el enfitéuta tiene la posesion.

119 Es escusado entrar en la discusion de si el enfiteuta con aprobacion del señor director puede hacer á otro enfitéuta de la misma cosa, pues en el caso que esto suceda, lo que se verificaria solo podia ser que la posesion del primer enfitéuta pasase al segundo; pero no el que los dos poseyesen á un tiempo: lo mismo que sucederia en el caso que el enfiteuta con aprobacion del señor directo vendiese el fundo enfitéutico á un tercero, en cuyo caso el comprador tendria la posesion.

120 Tambien pretende persuadir su intento con el ejemplo del marido y la muger, que dice poseen á un tiempo el fundo dotal, fundado al parecer en la ley 15, §. 3.º, ff. *qui satis cog.*, en donde dice el jurisconsulto que la muger y el marido se entiendan poseedores del fundo dotal.

121 Esta dificultad viene á ser la misma ó semejante á la que suscitan los autores sobre á quien pertenece el dominio de la dote, y de consiguiente se ha de resolver en igual forma. Son muchas las leyes que positivamente afirman que el marido tiene el dominio del fundo dotal, y al contrario otros lo dan á la muger, y como dos á un tiempo no pueden tener *in solidum* el dominio de una misma cosa, segun lo resuelve en términos espresos la ley 5.ª, §. 15, ff. *commodati*, se hace preciso conciliar esta aparente contradiccion, lo que á mi parecer lo consigue Vinnio en el Comentario al §. inicial, número 2.º, lib. 2.º, tít. 8.º de las instituciones, en donde dice en substancia que el marido tiene en realidad el dominio del fundo dotal; pero como este dominio es revocable, á causa de que ha de volver á la muger disuelto el matrimonio, con respecto á esta época dicen las leyes que no es tanto el dominio del marido como de la muger. Siendo pues igualmente imposible que dos puedan tener *in solidum* la posesion de una misma cosa, como se espresa en la citada ley 1.ª, es claro que cuando se atribuye á la muger y al marido la posesion del fundo dotal, se debe entender en el sentido que esplica Vinnio le pertenece el dominio del mismo fundo.

122 Por último, para no dejar nada por tocar se vale Oroz del ejemplo de los derechos incorporales de las servidumbres, de ir, andar y llevar carruage, que afirma se poseen por muchos á un tiempo, segun lo enseña la esperiencia y la comun opinion de los autores, y otro tanto dice que sucede en las cosas públicas que no son de ninguno en propiedad, y en cuanto al uso pertenecen *in solidum* á todos.

123 Por lo que hace al derecho de las servidumbres está tan distante de ser cierto que la esperiencia y comun opinion de los autores enseñe y acredite que pueden muchos poseer á un tiempo *in solidum* una misma servidumbre, que antes bien la razon y el derecho resisten la pluralidad de poseedores.

124 Las servidumbres de que habla Oroz son prediales rústicas, que se conceden ó constituyen con respeto ó consideracion al predio dominante, y como el dominio de este no puede pertenecer á dos *in solidum* á un mismo tiempo, segun repetidas veces queda manifestado, se sigue por una consecuencia necesaria que no pudiendo ser los dos señores del predio dominante, no pueden tampoco ser los dos poseedores de la servidumbre constituida por razon de aquel predio, ó se habria de decir que podia competir el derecho de una servidumbre predial á quien no fuese señor del predio dominante, lo que es un manifiesto absurdo en la materia, porque las servidumbres prediales se conceden ó constituyen á los dueños en beneficio del predio, y el que no es señor de él ninguna utilidad puede pretender.

125 En cuanto al uso de las cosas públicas nada es mas impertinente al asunto, porque si el usufructuario no posee, como queda probado arriba, ¿cuánto menos poseerá el usuario que tiene, segun Justiniano, menos derecho en la cosa que usa, que el usufructuario en la que disfruta?

126 Hasta aqui he referido y procurado satisfacer á los fundamentos con que ha intentado Oroz establecer su opinion, y ahora pasa el mismo autor á esplicar ó declarar la inteligencia que se debe dar á las leyes 3.ª de este título, á la 19, ff. *de precario*, y á la 5.ª, ff. *commodati*, que tan espresamente afirman que dos no pueden poseer *in solidum* una misma cosa. Para esto dice al número 10, que á fin de aclarar mas el estado de la cuestion y su inteligencia, conviene tener presente que no pueden dos ó muchos poseedores poseer una cosa *in solidum* á un tiempo, respecto de una parte ó lugar de la misma cosa que se posee; y da por razon, porque ocupada una parte por la posesion real ó corporal del que posee, no se puede admitir ni dar otra corporal aprehension de la misma parte ó lugar, porque en tal caso se seguiria que se podia dar penetracion de los cuerpos, y cita en comprobacion la ley 3.ª, §. 5.º de este título, que es el fundamento mas sólido y terminante de la opinion que impugna, y continúa diciendo que si la posesion de una cosa se aprehende respecto de una parte ó lugar diverso de forma que uno aprehenda la cosa por una parte, en virtud del derecho que le compete, y otro por otra parte tenga la misma cosa con ánimo de poseerla por razon del derecho que le corresponde, entonces dice que dos ó mas podrán poseer *in solidum* una misma cosa, y usa del ejemplo de que uno aprehenda el fundo por una parte por derecho de dominio, y otro despues ó al mismo tiempo aprehenda el mismo fundo por otra parte con derecho de usufructo, que en tal caso uno y otro poseerán todo el fundo por sus respectivos derechos, á causa de que la aprehension corporal con que realmente ocupó una parte del fundo se estiende con la mente ó con el pensamiento á todo él, segun la ley 3.ª, §. 1.º de este título.

127 Esta esplicacion que hace Oroz, segun dice, para mayor claridad de la conclusion, y con que intenta enervar el argumento que ofrece contra ella la precitada ley 3.ª, §. 5.º, en donde con tanta claridad y espresion establece la imposibilidad de que dos posean *in solidum* á un tiempo una misma cosa, envuelve en sí una manifiesta contradiccion, y la mayor confusion de ideas.

128 Reconoce en primer lugar que no puede una misma cosa ser poseida *in solidum* por dos ó por muchas á un tiempo, respecto de una misma parte ó lugar de ella; pero dice y admite que podrán dos ó muchos poseerla á un tiempo, respecto de diversas partes ó lugares, en lo que claramente se contradice, como voy á manifestar.

129 Cuando dos aprehenden corporal y realmente diversas partes ó lugares de una cosa, ó adquieren la posesion *in solidum* y por entero de toda ella, ó se limita la posesion de cada uno á la parte que cada uno aprehendió corporal y realmente; si se dice lo primero, se infiere con la mayor claridad que cuando dos aprehendan corporal y realmente diversas partes ó lugares de una misma cosa, adquieren la posesion de ella en todas y cada una de sus partes, y de consiguiente se convence que cada uno de ellos la posee por entero é *in solidum*, que es lo que espresamente niegan las tres leyes que se propone Oroz interpretar y conciliar con su opinion, á saber: la ley 3.ª, §. 5.º de este título, la 19, ff. *de precario*, y la 5.ª, §. último, ff. *commodati*; si se dice lo segundo, esto es, que la aprehension corporal y real de una parte ó lugar de una cosa, no se estiende ni produce la posesion de toda ella en cada una de sus partes, se contraviene directamente á la disposicion de la ley 3.ª, §. 1.º de este título, que declara que la aprehension real de una parte de un fundo se estiende con el ánimo á todo él, y á cada una de sus partes, como lo reconoce y confiesa el mismo Oroz en el citado número 10.

130 Tambien se seguiria que si la posesion que se adquiere por la aprehension corporal y real de una parte del fundo impide y escluye que otro pueda adquirir *in solidum* la posesion de aquella misma parte, por identidad de razon deberá decirse que la posesion *in solidum* que uno tuviese en todo un fundo impediria y escluiria que otro tuviese tambien la posesion *in solidum* del mismo fundo, porque la misma razon que se quiera dar para no admitir dos posesiones *in solidum* de una parte del fundo, milita para que no se admitan dos posesiones *in solidum* de todo él.

131 Con el ejemplo que propone Oroz del señor del fundo y del usufructuario del mismo se confunde aun mas y contradice en la esposicion que intenta dar á las tres citadas leyes, porque estas no establecen la incompatibilidad de poseer dos á un tiempo *in solidum* una misma cosa en la diversidad de causas ó títulos de poseer, sino en la cosa que se posee, la que poseida por uno, no admiten que otro simultáneamente pueda adquirir y tener la posesion de la misma.

132 Pero suponiendo lo que no es cierto, de que el usufructuario tenga la posesion natural y corporal de la cosa que usufructúa (como se ha probado arriba), nada adelanta Oroz con el ejemplo que propone, contra el cual resalta el mismo argumento con que antes se ha rebatido su esplicacion: ó el dueño y el usufructuario del fundo lo poseen á un tiempo totalmente é *in solidum*, ó solo lo poseen por partes diversas y separadas: si confiesa lo primero, como es preciso que lo haga si quiere ser consiguiente con lo que ha dicho espresamente en el precitado numero 10, que el usufructuario la corporal aprehension con que naturalmente ocupó aquella parte del fundo, la estiende con el ánimo á todo él, y lo posee por derecho de usufructo todo entero. Hasta aqui Oroz.

133 Si por confesion suya el usufructuario posee todo el fundo, es claro que lo posee *in solidum*, porque poseer *in solidum*, como se ha dicho, no es otra cosa que poseer por entero la cosa y en todas sus partes, y admitiendo en el señor del fundo la posesion *in solidum* del mismo por razon del dominio, se infiere necesariamente que tanto el usufructuario del fundo, como el señor de él, poseen *in solidum* á un mismo tiempo, que es lo que declaran incompatible las tres citadas leyes, con que nada adelanta Oroz con su esplicacion arbitraria y cerebrina de aprehender la posesion de una cosa, respecto de diversa parte ó lugar de la misma, si en virtud de dicha aprehension se estiende la posesion de la misma á las demas partes, á la manera que no se disminuiria la imposibilidad de que dos ocupasen á un tiempo una misma casa el que entrasen por diferentes puertas, si cada uno ocupaba todas las piezas.

134 Si se dice lo segundo, que la posesion respectiva del señor del fundo y del usufructuario del mismo se limita á la parte ó lugar de la cosa que habian aprehendido, se incurriria en una manifiesta contradiccion de lo que antes se habia dicho, de que el usufructuario poseía todo el fundo, y á mas se seguiria el inconveniente de que compitiendo al señor y al usufructuario la posesion, por razon del derecho de dominio y usufructo que tenian, estendiéndose este derecho á todo el fundo, no se estendiese igualmente la posesion á todas las partes del mismo fundo.

135 Aunque queda plenamente impugnada y rebatida la declaracion ó esposicion con que intenta conciliar Oroz la decision de las tres citadas leyes con la opinion que defiende, sin embargo me haré cargo de un argumento que propone contra dicha su esposicion, con el fin de darle mas firmeza y solidez, ó de ostentar su sutileza de ingenio.

136 Dice, pues, que aunque sea cierto lo que deja dicho en su esposicion, esto es, que sea compatible una posesion con otra en la parte del fundo, que realmente ocupó el primer poseedor con una verdadera y natural posesion, no podria introducirse la posesion del segundo, que empezó por una aprehension de una parte y lugar diverso, porque esta parte se ocupó realmente con una verdadera y natural aprehension, de que infiere de que en dicha parte ó lugar no habrá dos poseedores y posesiones, lo que basta para que no se pueda decir que pueden poseer dos *in solidum* todo el fundo, por no poder afirmarse que se ocupa el todo cuando queda una parte por ocupar.

137 A este argumento que gradúa de muy sutil Oroz, fundándolo en aquellas palabras de la ley 3.ª, §. 5.º, en que se espresa que es contra la naturaleza que esté uno en el lugar que ocupa otro, ó que se siente en donde hay otro sentado, dice: que se satisface con la misma sutileza, valiéndose del §. 1.º de la misma ley. Supone, segun dicha ley, que ocupada corporalmente una parte del fundo, la posesion que se adquiere por aquella aprehension es real y se estiende á todas las demas partes; pero no se estiende realmente, sino por ficcion, segun el citado §., que dispone que el que quiere poseer un fundo no tiene necesidad de andarlo todo, sino que basta andar una parte, con tal que tenga el ánimo y voluntad de poseerlo todo: de que infiere que la estension de la posesion es ficticia y de-

pendiente del ánimo, por lo que pretende, que aunque la posesion que se adquirió por la aprehension corporal sea verdaderamente real y la misma que se estendió á las demas partes, no se hizo esta estension realmente sino con el ánimo; si pues es ficticia esta estension, el ánimo, en virtud del cual se hace, es incorporal, y siéndolo no envuelve ninguna repugnancia que la posesion se entrometa y penetre en aquella parte que ocupó el poseedor por la corporal aprehension; pero si como es real aquella posesion, respecto de aquella parte que ocupó el poseedor, se estendiese tambien realmente á las demas partes del fundo, entonces sería imposible y contra la naturaleza la estension de la segunda posesion á aquella parte que se ocupó realmente por la primera posesion, porque la penetracion de los cuerpos es imposible y contra el órden natural, de que infiere que no es contra la naturaleza que la posesion real que se estiende ficticiamente por el ánimo y voluntad penetre y se introduzca en aquella posesion que el primer poseedor del fundo ocupó realmente.

138 Toda esta esposicion de Oroz no es otra cosa que un tejido de palabras vacías de sentido y llenas de contradiccion. Reconoce y confiesa que la posesion que se adquiere en la parte del fundo que se aprehende material ó corporalmente es real, y que esta misma posesion se estiende con el ánimo ó ficticiamente á las demas partes del fundo que no se aprehendieron; pero como el ánimo por el que se hace la estension es incorporal, no se sigue el menor inconveniente de que la posesion del segundo poseedor se entrometa y penetre en aquella parte que ocupó el primero por la aprehension corporal.

139 Esta esplicacion manifiestamente confunde la posesion con el ánimo que causa la estension de la misma, y tambien confunde la estension con la posesion: ó el ánimo con que se hace la estension de la posesion es lo mismo que esta ó no: si se dice lo primero se ha de confesar que la posesion es incorporal, como lo es el ánimo, lo que es un conocido absurdo, porque la posesion de una cosa material es natural y corporal, como lo reconoce el mismo Oroz en la posesion de aquella parte que se aprehendió corporalmente: si se dice lo segundo nada importa que el ánimo sea incorporal, si la posesion es material y corporal, para inferir la penetracion de dos posesiones de una misma cosa.

140 Que la posesion sea corporal queda ya demostrado arriba, porque realmente no hay otra posesion que la natural que se aprehende con el cuerpo, y si alguna vez se le contrapone la civil, es en el concepto de que por esta se entiende una posesion adquirida con justo título y la otra sin él.

141 He dicho que tambien confunde la estension con la posesion, dando á entender que por ser ficticia la estension que se hace con el ánimo, no debe la posesion que se estendió por su medio impedir la penetracion, ó hacerse impenetrable con otra posesion, porque no siendo ficticia la posesion, sino real y natural, nada conducia al asunto para admitir la penetracion que la estension fuera ficticia, si la posesion que se estendia por su medio era natural y real, como la que se habia adquirido en la parte del fundo que materialmente se aprehendió.

142 Que séa natural y real la posesion que se estendió con el ánimo ficticiamente, ademas de confesarlo Oroz, espresamente se hace demostrable, porque la posesion que se estendió con el ánimo es la misma que se adquirió con la aprehension corporal de una parte del fundo: es asi que aquella es natural, corporal y real, con que lo mismo ha de ser la que se estendió con el ánimo, con lo que da en tierra todo el edificio que se fraguó en su imaginacion Oroz para privar á la posesion de su naturaleza de material, para darle la cualidad de incorporal y hacerla de este modo penetrable con otra.

143 Aun prescindiendo de estos absurdos que se siguen de la esplicacion con que pretende Oroz satisfacer el argumento que se habia propuesto, es un error manifiesto el querer atribuir la incompatibilidad de dos posesiones *in solidum* de una misma cosa á la impenetrabilidad de dos cuerpos físicos, por lo que ningun jurisconsulto ha fundado en este principio dicha incompatibilidad, pues aunque en el §. 5.º de la citada ley 3.ª se dice espresamente que no es mas fácil que la posesion de una cosa pueda ser de dos, que el que uno esté en el mismo lugar que otro, ó se siente en el sitio que ocupa otro, porque es contra lo natural, y envuelve una natural repugnancia, que lo que uno tiene lo tenga tambien otro, no usa la ley de los ejemplos que propone,

para dar á entender que asi como la impenetrabilidad de los cuerpos impide que dos esten en un mismo lugar, asi la de las posesiones estorbe que la tenga uno donde la tiene ya otro, sino para manifestar que asi como son incompatibles en lo físico dos cuerpos en un lugar, lo son tambien en lo natural y legal dos posesiones en una misma cosa, de forma que la paridad y semejanza no la pone la ley en la causa de que proviene la incompatibilidad, sino en el efecto, que es la misma incompatibilidad ó repugnancia natural, como lo declara con el otro ejemplo que propone, diciendo que es imposible que lo que tiene uno lo tenga tambien otro, donde se ve que esta imposibilidad no nace ni proviene de la impenetrabilidad de los cuerpos.

144 Aun cuando las leyes hubieran omitido resolver y espresar la repugnancia é incompatibilidad de que dos tuviesen á un tiempo la posesion de una misma cosa, bastaba la razon natural para conocerla.

145 Supóngase que dos sean poseedores *in sólidum* de un fundo, y que ambos de consiguiente lo quieran cultivar, ¿cuál de los dos ha de tener la preferencia? Porque dos cultivadores á un tiempo de un mismo terreno envuelve una física incompatibilidad y repugnancia: si se dice que lo cultiven á medias, se sigue que no lo poseen *in solidum*, sino por mitad: si se pretende que los frutos se dividan entre los dos, se incurre en el mismo inconveniente; de que se convence la imposibilidad de dos posesiones *in solidum* á un tiempo de una misma cosa, y se manifiesta con cuánta razon establece y resuelve la ley 5.ª, §. 15, ff. *commodati*, que asi como dos no pueden tener el dominio *in solidum* de una misma cosa, tampoco la posesion, porque es claro que los mismos inconvenientes se seguirian de que dos fuesen señores de un fundo *in solidum*, que los que se han manifestado en los dos poseedores, y aun si cabe mayores, porque si uno queria vender el fundo y el otro no, el vendedor seguramente no recibiria el precio íntegro del valor del fundo, sino la mitad cuando mas.

146 Nótese de paso contra Oroz que pretende que porque es incorporal el ánimo, por el cual se estiende la posesion de una parte á todas las demas, se hacen penetrables y compatibles dos posesiones á un tiempo: que el dominio, como que en realidad es derecho, tiene la naturaleza de incorporal, y de consiguiente parecia que en el concepto de Oroz debia ser penetrable y compatible con otro, y á pesar de esto vemos por la ley que se ha citado que no pueden tener dos á un tiempo el dominio de una misma cosa.

147 Que la incompatibilidad de dos posesiones á un tiempo no provenga de la impenetrabilidad de las mismas, sino de la imposibilidad de que dos puedan ejercer á un tiempo los actos de posesion, lo persuade con la mayor claridad la ley 11, ff. *de vi*, que declara que el que no deja al poseedor usar á su arbitrio de la cosa poseida le hace fuerza, bien sea que le impida sembrar, cavar, arar ó edificar, ó hacer cualquier otra cosa; y en el §. 15 de la ley 1.ª de dicho título se resuelve que el entredicho *unde vi* compete á aquel que se le prohibe usar y usufructuar su fundo, cuyo entredicho se da al que ha sido echado por fuerza para recuperar la posesion que ha perdido, segun el §. 1.º de la misma ley; con que se infiere por una consecuencia clara y manifiesta que al que por fuerza y con violencia se le impide usar de la posesion se le despoja de ella, y para recobrarla se le da el entredicho *unde vi*, y como en el caso de dos posesiones era forzoso que mútuamente los poseedores se impidieran el uso de su respectiva posesion, por eso las leyes, precaviendo este inconveniente, resolvieron y prohibieron que dos pudiesen tener *in solidum* la posesion de una misma cosa.

148 Por último, si el que entra y ocupa por fuerza la posesion de un fundo priva de ella al anterior poseedor, segun la ley 6.ª, 18 y 25 del título *de adquirenda possesione*, y otras varias que concuerdan con ellas, como nadie se ha atrevido á negar, sin embargo de que el que hace la fuerza es injusto y usurpador, ¿cómo podrá admitirse que dos sean poseedores á un tiempo de una misma cosa, cuando el despojado que justamente poseía no conserva y retiene la posesion en concurrencia de un usurpador y posesor violento? Aun los que admitian dos posesiones á un tiempo de una misma cosa, como era el jurisconsulto Trevacio, pedia como cosa indispensable que la una posesion fuera justa y la otra injusta, reconociendo que dos posesiones justas y dos injustas eran inconciliables, como lo dice el §. 5.º de la citada ley 3.ª, con referencia á dicho Trevacio; pues si en el caso

del despojo no son compatibles la posesion justa y la injusta, como clara y espresamente se declara en las leyes citadas, que hablan de los que ocupan por fuerza la posesion, ¿cómo podrán ser compatibles y conciliarse dos posesiones justas de una misma cosa, que, segun Trevacio, son mas repugnantes entre sí que la posesion justa con la injusta?

149 Desvanecidas las cavilaciones con que Oroz ha pretendido eludir y obscurecer la terminante decision de las leyes, que hacen incompatibles dos posesiones *in solidum* de una misma cosa, queda vindicada y á todas luces clara la opinion de Cujacio en el cap. 33 del libro 9.º de las Observaciones, donde pone como un principio incontestable la siguiente asercion: *qui possidet, sive civiliter, sive naturaliter, sive juste, sive injuste, aut non possidet, aut solus possidet.*

150 Antonio Gomez, en el número 99 del Comentario á esta ley, se propuso examinar esta cuestion aun en términos mas estrechos, reduciéndola á si una misma idéntica posesion de una cosa podian tenerla muchos á un tiempo, y resuelve que no; pero lo que hay de particular en esta resolucion es que la funda en el §. 5.º de la ley 3.ª, ff. *de adquirenda possesione*, y en la 19, ff. *de precario*, siendo asi que en la 1.ª únicamente se dice que muchos no pueden poseer *in solidum* una misma cosa sin espresar que haya de ser con la misma posesion ó diversa, y en la segunda espresamente se dice que dos posesiones, bien sean justas ó injustas, no pueden concurrir en una misma cosa; de que se convence que no habla la ley de una misma posesion que competa á dos, sino de diversas, porque usa de la espresion de dos posesiones, las que implica que puedan ser una sola; de que se infiere que Antonio Gomez pretende probar su estraña conclusion con unos testimonios que nada dicen menos que aquello que pretende.

151 Desembarazado de tan sutil y ridícula cuestion pasa á examinar si dos posesiones diversas de una cosa pueden estar en muchas personas, y protestando antes que va á poner una verdadera y genuina conclusion, resuelve que diversas posesiones bien pueden encontrarse en distintas personas *in solidum*, esto es, en la una la civil y en la otra la natural, y desciende á proponer ejemplos en prueba y confirmacion de su resolucion: refiere el del usufructuario, el del inquilino, el del usuario, el del enfiteuta, el del feudatario, el del superficiario, el del colono é inquilino que tomó en arrendamiento la casa ó fundo por mas tiempo de diez años, el que posee en precario, el que en ausencia del dueño entró en la posesion de la cosa; en todos estos casos afirma que el señor de la cosa tiene la posesion civil y los otros la natural. Pareciéndole aun que habia limitado demasiado su opinion, restringiéndola á diversas especies de posesion, añade que muchas posesiones naturales y civiles pueden competir á diversas personas en una misma cosa por distinto derecho, como sucede en el caso de que uno tenga en un fundo el usufructo y el otro el uso, en el que cada uno gozará de su posesion natural, y lo mismo afirma que acontecería si dos tuviesen el uso de una cosa, en lo que dice no hay inconveniente ni repugnancia alguna, porque las posesiones son diversas y diferentes en número, porque una es por razon del usufructo y la otra por el uso, y en confirmacion de esta doctrina cita la ley última, ff. *uti possidetis*, en donde supone que se resuelve que el usufructuario y el usuario poseen *in solidum* una misma cosa naturalmente, y que á ambos les compete el entredicho *uti possidetis* para conservar y retener su posesion.

152 Toda esta esposicion del Gomez es un tejido de falsas é ilegales aserciones, pues como queda demostrado arriba en la impugnacion de la opinion de Oroz, ni el usufructuario tiene verdaderamente la posesion natural, ni el usuario, ni el inquilino, y la posesion natural que compete al enfiteuta feudatario, y el que posee en precario es real y verdaderamente natural; pero es absolutamente falso que en estos tres últimos casos el dueño de la cosa conserve en sí ninguna posesion ni civil ni natural.

153 En cuanto al superficiario, si se le ha concedido la superficie por diez años ó mas, se reputa señor útil de la cosa, como el enfiteuta, segun se infiere de la ley única, §. 3.º, ff. *de superf.*, y lo reconoce Gomez en el Comentario á la ley 74 de Toro, número 31, y tambien Heineccio en el título citado, número 323, y de consiguiente el superficiario tiene la posesion de la cosa, asi como el enfiteuta con esclusion del señor del dominio directo.

154 La ley que cita Gomez nada dice menos que el usufructuario y el usuario po-

sean *in solidum* una misma cosa, pues solamente afirma que á uno y otro se le concede el entredicho *uti possidetis*, que aunque es cierto se dirige á retener la posesion, es igualmente cierto que se les concede y da por mera gracia y favor sin que en realidad posean; lo que debe entenderse de la cosa en que se tiene el usufructo y no del mismo usufructo, porque de este, en razon de derecho, compete al usufructuario la cuasi posesion por ser de cosa incorporal. Tambien hay otra razon muy obvia para convencerse de que el usufructuario y el usuario no podrán poseer *in solidum* la misma cosa, y es que el usuario tiene menos derecho que el usufructuario, y de consiguiente habia de estenderse á menos su posesion.

155 Tampoco es cierta la proposicion que sienta Gomez de que hay dos especies de posesion, esto es, civil una y natural otra, porque en realidad no hay mas que una sola posesion, como se ha probado arriba, aunque sean dos los modos con que se tiene, á saber, con justo título, y entonces se dice que posee civilmente, bien tenga el concepto de que la cosa es suya ó de que sea agena, como sucede al que posee en precario y al acreedor pignoraticio ó sin justo título, como acontece al que ha entrado por fuerza ó clandestinamente en la posesion que se dice posee naturalmente, sin que estos dos modos de poseer digan entre sí ninguna repugnancia ó incompatibilidad, porque el que posee civilmente posee tambien naturalmente, y el que posee naturalmente con justo título posee civilmente.

156 Es disculpable Gomez en haber padecido estas equivocaciones, habiendo dado á luz sus obras antes que el gran Cujacio ilustrase con sus escritos este y cuasi todos los demas puntos de la jurisprudencia; pero no es acreedor á la misma indulgencia Oroz, que teniendo presentes las obras de Cujacio, se aprovechó tan mal de su doctrina, pues como dice Gravina en su libro del orígen y progreso del derecho, cap. 180, no es permitido ignorar nada de la jurisprudencia teniendo á la vista los escritos del gran Cujacio, sin el cual nada se puede saber.

157 Resta solo advertir para la conclusion de este punto que la misma incompatibilidad que tienen entre sí dos posesiones *in solidum* de una cosa material y corporal se encuentra en dos cuasi posesiones *in solidum* de derechos ó cosas incorporales.

158 Lo que se ha dicho hasta aqui pertenece á la adquisicion de la posesion de las cosas corporales: las incorporales aunque no admiten tradicion ó entrega, segun la ley 43, §. 1.º, ff. *de adquirendo rerum dominio*, por no poderse poseer el derecho por ser cosa incorporal, ley 4.ª, §. 27, ff. *de usurpationibus*, sin embargo estan sujetas á la posesion, la que en los derechos ó cosas incorporales se llama cuasi posesion, segun la ley 10, ff. *si servitus vindicetur*, cuya cuasi posesion igualmente se adquiere con el ánimo y con el cuerpo, entendiéndose por este algun acto material que manifieste el ánimo y voluntad de adquirir la cuasi posesion.

159 La cuasi posesion de los derechos incorporales se adquiere igualmente con el ánimo y el cuerpo, como se observa en las servidumbres que se adquieren con la repeticion de actos que denotan el ánimo y voluntad de adquirir, por lo que se resuelve en la ley 20, ff. *de servitutibus*, que el uso y ejercicio de algun derecho se debe reputar por la entrega de la posesion: las servidumbres ó son afirmativas ó negativas, en las afirmativas se adquiere la cuasi posesion por el uso y ejercicio de los actos juntamente con la ciencia y paciencia de aquel en cuyo perjuicio se hacen; se dice que se requiere el ánimo porque es necesario que el que ejerce los actos se persuada que usa de su derecho, como se resuelve en la ley 25, ff. *quæmadmodum*, y como este ánimo sea una cosa interior que no se pueda conocer por sí, es preciso que intervengan actos esteriores para manifestarlo, como se previene en la ley 5.ª, C. *de inst. et subst.*; la razon porque se requiere para la adquisicion de los derechos incorporales la ciencia del que lo pierde, es porque esta se tiene y suple las veces de la entrega, segun la citada ley 20. Esta ciencia unas veces es verdadera y otras presuntiva: verdadera es aquella que espresamente hace entender al contrario el uso y repeticion de los actos, y la presuntiva cuando despues de varios actos inductivos de la servidumbre nada se le opone por el interesado, de que se presume que tiene noticia de ellos.

160 En las servidumbres negativas se adquiere la cuasi posesion por un solo y único acto de parte del que prohibe el uso de la libertad del contrario, concurriendo la aquiescencia de este, como sucede cuando uno teniendo su casa mas baja intenta

levantarla y se lo impide el vecino, y desiste de su empeño el primero, por cuya prohibicion del primero y aquiescencia del segundo se adquiere la cuasi posesion de la servidumbre de no permitir levantar mas alto la casa.

161 Habiendo espuesto los modos de adquirir la posesion, síguese manifestar ahora las personas por cuyo medio se puede conseguir esta adquisicion. Se adquiere la posesion, no solo por el mismo interesado, sino tambien por aquellas personas que estan bajo su potestad, bien sean hijos ó siervos, aunque sean agenos, con tal que se posean con buena fé, y por los siervos en que se tiene el usufructo, y finalmente por una persona libre, cual es el posesor, como se declara compendiosamente en el §. inicial del título de las instituciones, *per quas personas cuique*, con las modificaciones que se ponen en los §§. siguientes, reducidas á que en el siervo fructuario la posesion que se adquiera ha de ser de la cosa que usufructúa, ó de alguna obra que le es debida, segun el §. 4.º *institutionum*, y la ley 1.ª, §. 5.º, ff. *de adquirenda possesione.*

162 En la posesion que se adquiere por medio de una persona estraña se requiere que la ocupacion la haga con ánimo de que la adquiera su principal, como se previene en el §. 6.º *institutionum. eodem*, y en la ley 1.ª, C. del mismo título.

163 Se puede adquirir igualmente la posesion por los siervos comunes, por la misma razon que se puede por los propios, con la limitacion que esto se ha de entender á prorata del dominio que cada señor tiene en el siervo comun, y por último se advierte que la misma voluntad y ánimo de adquirir que se requiere para adquirir uno por sí la posesion de una cosa, se necesita y debe intervenir para la adquisicion de la posesion que se hace por medio de las personas que se han referido.

164 Vistos los modos de adquirir la posesion y las personas por quien se adquiere, síguese tratar ahora de los efectos que produce. En primer lugar adquiere el poseedor la presuncion de ser dueño de la cosa poseida, en términos que el contrario tenga la obligacion de probar lo contrario, pues de no hacerlo, el dominio se considera en el poseedor, segun la ley 2.ª, C. *de probat.* Otro efecto es que el poseedor de buena fé hace suyos los frutos que perciba. Tambien es efecto de la posesion que transcurrido el tiempo prescripto por la ley para la usucapion, el poseedor se tiene por verdadero dueño de la cosa poseida, y puede resistir á los que intenten turbarlo en su posesion, segun la ley 1.ª, §. 23, y la 3.ª, §. 9, y la 17, ff. *de vi*, *et vi armata.*

165 Finalmente compete al poseedor el entredicho *uti possidetis*, por el cual consigue que no se le perturbe en la posesion que goza de bienes raices ó inmuebles, y el entredicho *ut ubi*, por el cual consigue lo mismo acerca de los bienes muebles, por lo que uno y otro son y se llaman *retinendæ possesionis*, ley 1.ª, ff. *uti poss.*, ley única *eod.*, y el §. 4.º y los dos siguientes *inst. de intend.*, y á mas de esto se concede al que ha sido poseedor y se le ha despojado por fuerza de la posesion el entredicho *unde vi*, que se dirije á recuperar la posesion perdida de los bienes raices, ley 1.ª y 3.ª *de vi*, *et de vi armata.* Tambien le compete al que ha perdido la posesion de los bienes muebles la accion de hurto ó de los bienes arrebatados por fuerza, ley 1.ª, §. 5.º, ff. *eodem.*

166 Habiendo espuesto los modos de adquirir la posesion y espresado las personas por cuyo medio se consigue, y los efectos que la misma produce, es consiguiente tratar ahora de los modos con que se pierde y acaba.

167 Se pierde la posesion, ó con nuestra voluntad, ó sin ella, ó contra ella: el primer modo se verifica cuando no tenemos ánimo y voluntad de poseer aunque permanezcamos en la cosa, segun la ley 3.ª, §. 6.º, ff. *de adquirenda possesione.*

168 Parece se opone á esto la disposicion de la ley 8.ª, ff. *eodem*, en que se dice, que asi como ninguna posesion se puede adquirir sin que concurra el ánimo y el cuerpo, del mismo modo ninguna se puede perder si no se verifica el defecto del ánimo y del cuerpo. Esponiendo esta ley Cujacio, dice que cuando con el cuerpo se empieza á adquirir la posesion, no se adquiere ni se pierde totalmente si no concurre ademas del cuerpo el ánimo de poseer; pero cuando se empieza con el ánimo ó voluntad á perder la posesion, no es necesario que intervenga el cuerpo, lo que es conforme al §. citado de la ley 3.ª, en el que dice el jurisconsulto Pablo que se puede perder la posesion con solo el ánimo, aunque este no baste para adquirirla.

169 Sin nuestra voluntad se pierde tam-

bien la posesion cuando poseemos corporalmente por medio de siervos ó colonos, si otro ha entrado en el fundo, aunque ignoremos este hecho, como lo declara la ley 44, ff. §. final.

170 Contra nuestra voluntad se pierde la posesion mudándose la condicion de la persona ó de la cosa, ó faltando la potestad natural para retenerla: se dice que falta la condicion de la cosa si sale del comercio de los hombres ó se muda en otra especie, ley 30, §. 1.º y 4.º *de adquirenda possesione*. Se entiende que falta la condicion de la persona si el que era poseedor empieza á ser poseido, ley 30, §. 3.º, ff. *de adquirenda possesione*. Por defecto de la potestad natural se pierde tambien la posesion cuando no se puede aprehender corporalmente la cosa aunque se quiera, ley 3.ª, §. 13 *eodem*, cuyo modo de perder la posesion es comun á los bienes raices y muebles con esta diferencia, que por la inundacion del mar ó del rio se pierde la posesion aunque estemos ignorantes de dicha inundacion, ley 3.ª, §. 17 y 30, §. 3.º *eodem*.

171 Por la invasion violenta para que se pierda la posesion es necesario que se tenga noticia de ella, ley 6.ª, §. final, y no se atreva el que era poseedor á volver á la cosa que poseia, ley 25, §. 2.º y 6.º, §. final *eodem*.

172 Por decreto del magistrado se pierde tambien la posesion sin que sea necesaria la ciencia del que poseía; pero esto se ha de entender cuando despues de estar por largo tiempo uno en la posesion de cierta cosa, haciéndolo constar al magistrado le permite este tomar la posesion, porque cuando por mandado del magistrado se pone uno en la posesion, ó por causa de custodiar la cosa, ó porque no ha afianzado de satisfacer el daño causado, entonces no es la posesion la que en realidad se le da, sino la tenencia y custodia de la cosa, segun la ley 3.ª, §. 23, ff. *de adquirenda possesione*.

173 Es escepcion de la regla establecida de perderse la posesion de una cosa cuando no se puede recobrar aunque se quiera el siervo fugitivo de quien conserva el señor la posesion, aunque no tenga poder para recogerlo, ley 17, §. último, ff. *de furtis*, lo que es en tanto grado cierto que ni el siervo ni cualquiera que esté en la potestad de otro no puede privar al que lo tiene en la potestad de cualquier cosa que le haya robado ó hurtado clandestinamente, ley 15, ff. *de adquirenda possesione*.

174 Como por esta posesion civil y natural que se transfiere por ministerio de la ley al inmediato sucesor ninguna utilidad le resulta si un tercero ocupa ó se mantiene en la tenencia de los bienes vinculados, corresponde tratar ahora de los medios de que podrá valerse para conseguir la corporal ó material ocupacion de dichos bienes.

175 Para proceder con la debida claridad, y evitar la confusion con que á mi parecer han tratado este punto los autores nacionales, por no haberse fijado en los principios que deben gobernar en la materia de posesion, ni distinguido los tiempos á que deben referirse las diversas leyes reales que rigen en el asunto, se hace conveniente distinguir tres épocas: la primera desde la publicacion de la presente ley de Toro hasta la formacion de la ley 9.ª, tít. 7.º, lib. 5.º de la Recopilacion, que comprende el tiempo que medió desde el año de 1505 hasta el de 1543: la segunda desde la publicacion de dicha ley 9.ª hasta que se derogó en parte su disposicion por la ley 10 del mismo título y libro, que comprende el espacio de 17 años; y la tercera que principia en el año de 1560 y llega hasta nuestros dias.

176 Palacios Ruvios, que fue uno de los magistrados que asistieron á la formacion de las leyes de Toro, y el primero que las comentó, alcanzó únicamente el tiempo de la primera época, pues aunque no consta el año cierto de su muerte, murió poco despues del año de 1523.

177 Comentando este autor la presente ley afirma al número 26 que en virtud de su disposicion podrá el que se cree sucesor en el mayorazgo usar del entredicho *recuperandæ possessionis* contra el poseedor, y alega en comprobacion la ley 7.ª *ad legem Juliam de vi publica*, la que nada dice menos que lo que intenta Palacios, ademas de que si por la disposicion de la ley de Toro se transfirió en el inmediato sucesor la posesion civil y natural, y no consta que la haya perdido despues, envuelve una contradiccion manifiesta el pretender recuperar lo que no ha perdido y retiene en sí.

178 Tambien alega en su favor la ley 1.ª, tít de la restitucion de los despojados, lib. 3.º del ordenamiento, que está insertada en la ley 3.ª, tít. 13, lib. 4.º de la Recopilacion, la cual únicamente manda que cuando alguno dejare descendientes ó parientes inmediatos que tengan derecho de

heredar por testamento ó abintestato, ninguno sea osado de tomar la posesion de aquellos bienes, aunque se halle vacante, y si la tomare pierda el derecho que pudiera tener á ellos.

179 Tan distante está Antonio Gomez de admitir en este caso el entredicho *recuperandæ*, que espresamente afirma al número 119 que para que tuviera lugar este entredicho, el que tenia la posesion habia de haber privado de ella al inmediato sucesor en quien se habia transferido por ministerio de la ley.

180 Continuando Palacios Ruvios su esposicion pretende al número 27 que el inmediato sucesor en quien se ha transferido la posesion puede usar el remedio ó entredicho *retinendæ*, solicitando no le perturbe en el goce de ella el que se mantiene en la ocupacion, lo que nada tiene de irregular, como se manifestará despues cuando se trate de la tercer época, pues de la primera solo habló Palacios Ruvios, como que escribió muchos años antes que se promulgase la ley 9.ª, que constituye la época segunda, debiéndose únicamente advertir que desde la publicacion de la ley de Toro hasta la promulgacion de la ley 9.ª no conocía el Consejo de los juicios de tenuta, sino los tribunales de provincia de la posesion, con arreglo á lo dispuesto por la ley 8.ª, tít. 20, lib. 4.º de la Recopilacion, que precedió á la de Toro, como lo observa Paz en el cap. 5.º, número 6.º de tenuta. Los demas autores nacionales escribieron posteriormente á esta época, y no se detuvieron á tratar de ella.

181 La segunda, como se ha dicho, principió el año de 1543, en que se publicó la ley 9.ª citada. En este tiempo escribió sus comentarios á las leyes de Toro el Gomez, pues las dió á luz, segun don Nicolás Antonio, el año de 1555, doce años despues de la publicacion de la ley 9.ª, y el señor Covarrubias sus cuestiones prácticas año de 1556.

182 Se dispuso en ella que cuando alguno acudiese al Consejo en virtud de la ley de Toro sobre bienes de mayorazgo conozca por sí ó comisione persona que oiga las partes en el término de cincuenta dias, y pasados traiga el negocio al Consejo, quien sin mediar ninguna otra Audiencia sentenciará la causa; cuya sentencia será ejecutiva, sin embargo de que se admita suplicacion de ella, y dentro de otros cuarenta dias se concluirá esta segunda instancia, cuya sentencia será tambien ejecutiva, sea ó no confirmatoria de la primera, y por ella solo se concede al que la haya obtenido la tenencia de los bienes, y se remita el negocio á la Audiencia del territorio, para que conozcan de él en posesion y propiedad. Tambien se ordena en dicha ley que si alguno despues de pasado medio año de la muerte del último poseedor viniere al Consejo á solicitar el remedio espresado, no se conozca del asunto, sino que se remita á la Audiencia.

183 A pesar de haber publicado las referidas obras los dos autores citados despues de la formacion de la ley 9.ª, y antes de la publicacion de la 10, ninguno de ellos hace la mas mínima mencion de ella, como se convence de la duda que propone Gomez al número 126, donde suponiendo que dos pretenden ser sucesores de un mayorazgo, y que se les ha transferido la posesion civil y natural, y uno y otro piden que se le mantenga y defienda en la posesion, y resuelve que deberá el juez conocer sumaria y brevemente, admitiendo prueba sobre dicha posesion, y poner en la actual posesion al que la haya probado mejor, y defenderlo en ella hasta que se examine el punto en juicios plenario posesorio, cuya duda y resolucion afirma que contínuamente acontece y se practica por los jueces peritos é inteligentes, y añade á continuacion que sin embargo de esta práctica no encuentre que este caso se decida claramente en el derecho. De esta esposicion se convence hasta la evidencia que no tuvo noticia de la ley 9.ª, que espresamense se formó para la resolucion de esta duda. El señor Covarrubias en el capítulo 17 de sus Prácticas, donde se supone tratar del entredicho de ínterin, no hace tampoco mencion de dicha ley, siendo asi que su disposicion es un equivalente á dicho juicio.

184 No es fácil adivinar cuál fue la causa del silencio de estos autores, especialmente del señor Covarrubias, tan versado en nuestras leyes patrias; pero es de presumir que no tuvieron noticia de esta ley que posteriormente se insertó en la Recopilacion que se formó en el año de 1567.

185 Los demas autores nacionales que se subsiguieron á estos, como ya escribieron en la tercer época de haberse corregido la ley 9.ª, no se detuvieron á tratar de intento de ella; pero no cabe la menor

duda que siendo el juicio ó entredicho de tenuta un equivalente del de ínterin, asi como en este caso no podian tener lugar los entredichos posesorios, igualmente eran inadmisibles en el de tenuta, y así dice Perez en el capítulo 5.º, numero 14, que la tenuta inventada por la ley 9.ª es un equivalente del entredicho ínterin, por el cual, como observa el mismo Perez en el capítulo 2.º, número 15, solo se trata de que pendiendo el pleito no sea turbado en la posesion el que esté en ella sin perjuicio del derecho de los litigantes, tanto en la posesion como en la propiedad. Es, pues, constante y fuera de toda duda que en la época de la disposicion de la ley 9.ª no podian tener lugar los entredichos posesorios *retinendæ*, *adipiscendæ* y *recuperandæ*, por lo que tratando el Perez del efecto de la mera tenuta, dice en el cap. 3.º, número 19, que es el ponerse en la posesion, pero no el poseer, que son cosas diversas.

186 Síguese tratar ahora de la tercer época, que tuvo su orígen en la disposicion de la ley 10. En ella se resolvió que en los pleitos de bienes de mayorazgo, en que con arreglo á la ley 9.ª entiende el Consejo, determinados que sean en vista y revista, la remision se haga á las Audiencias en cuanto á la propiedad solamente, y no en cuanto á la posesion, como hasta alli se ha hecho, de forma que la sentencia del Consejo sea y se entienda ser sobre la posesion, y que sobre lo que asi se haya sentenciado no pueda haber otro juicio posesorio, debiéndose observar en todo lo demas lo dispuesto en la ley 9.ª

187 Como por esta ley 10 los juicios sobre bienes del mayorazgo, que antes eran de tenuta ó tenencia, se hicieron posesorios, y en este estado perseveran hasta nuestros dias, sin otra diferencia que el haberse hecho ordinario el término de prueba por la ley 5.ª, tít. 19, lib. 4.º de la Recopilacion, de aqui es, que asi el señor Molina como los demas autores nacionales que le han subseguido, tratan de ellos en este concepto, deteniéndose á especificar y señalar los entredichos posesorios, de que podrá valerse el que se cree inmediato sucesor del difunto ó último poseedor para la material y corporal ocupacion de dichos bienes. El señor Molina, que ha sido el primero de los escritores nacionales que ha examinado ó comentado la resolucion de la ley 10, afirma en el lib. 3.º, C. 13 *de primogenitis*, número 2.º y siguientes hasta el 6.º, que el verdadero sucesor en el mayorazgo á quien se ha transferido la posesion civil y natural, puede intentar ó valerse del entredicho *adipiscendæ*, á fin de que el verdadero poseedor civil y natural se haga poseedor actual y real, consiguiendo la actual tenuta ó posesion. Para probar su opinion se vale el señor Molina de varios autores estrangeros que ni siquiera habrán oido la decision de la ley de Toro, como prudentemente se puede presumir de los que cita.

188 Aunque Antonio Gomez escribió sus Comentarios á las leyes de Toro cuando regía la disposicion de la ley 9.ª, sin hacerse cargo de ella, como dejo notado, tratando en el número 118 de la presente ley, de los medios ó entredichos de que podia usar el sucesor en el mayorazgo para pedir que el detentador de los bienes se los entregase, propone su opinion y las razones en que la funda; y como estas son adaptables, no solo á la primera época, que es á la que seguramente se refirió el Gomez, sino tambien á la tercera, que no se diferencia en lo substancial de la primera, me ha parecido conveniente hacerme cargo de ellas antes de examinar los fundamentos en que apoyan su opinion los autores que tratan directamente de la tercer época.

189 Se propone Gomez en el lugar citado la duda de si el sucesor en el mayorazgo podrá valerse del entredicho *adipiscendæ* para conseguir los bienes del detentador, asi como el heredero ó sucesor universal usa del mismo entredicho, que es el de *quorum bonorum* para adquirir la posesion, segun la ley 1.ª, ff. *quorum bonorum*, y otras que cita, y despues de haber indicado que parecia no debia tener lugar este entredicho, que es un remedio que se da al heredero que no posee para obtener la posesion, y en el presente caso el sucesor del mayorazgo posee desde el momento que murió el último poseedor, y no solo posee civil, sino tambien naturalmente por ministerio de la ley, y de consiguiente parece no puede intentar el remedio ó entredicho *adipiscendæ* contra un tercero detentador de los bienes, resuelve y afirma que lo contrario es lo cierto y verdadero, esto es, que el sucesor puede intentar el entredicho *adipiscendæ* para conseguir la posesion del detentador de los bienes, y cita en comprobacion un catálogo de autores estrangeros, algunos de ellos anteriores á la formacion de

la ley de Toro, y acaso todos, y aun añade compete al sucesor en el mayorazgo el remedio de la ley final 6.ª, *de edicto divi Had. tollendo*, para el caso en que haya sido instituido heredero universal, y en la herencia esten comprendidos los bienes de mayorazgo, pues dice podrá pedir se le ponga en posesion de ellos en virtud de dicha ley.

190 Pasando á manifestar la verdadera razon en que fundan los autores citados su opinion, dice consiste en que aunque es cierto que en virtud de la ley ó estatuto se transfiere *ipso jure* la posesion en el heredero ó sucesor; sin embargo como otro tiene la natural detentacion no parece que es plena y del todo perfecta la posesion que hay en el heredero ó sucesor hasta que verdadera y realmente la aprehenda, y á este fin se le da dicho remedio posesorio *adipiscendæ*.

191 Pero esta razon en que apoya su opinion Gomez y los autores que sigue es enteramente voluntaria é ilegal, porque supuesto que en virtud de la ley ó estatuto se transfiere en el heredero ó sucesor la verdadera posesion civil y natural, el que otro tenga la material detentacion ni le constituye poseedor, ni impide que el heredero ó sucesor posea, y como el entredicho *adipiscendæ* se da para adquirir por primera vez la posesion que no se tiene, se deduce por una consecuencia natural que el poseedor no puede usar del espresado entredicho sin incurrir en dos conocidos inconvenientes y absurdos de pedir lo que ya tiene, y pedirlo á quien carece de ello, á no ser que se pretenda decir que dos pueden poseer *in solidum* á un tiempo una misma cosa, que es un absurdo aun mayor.

192 Pretendiendo Gomez corroborar aun mas su opinion desciende á citar leyes en su favor, y dice que por la primera, C. *communia de legatis*, se transfiere *ipso jure* el dominio de la cosa legada en el legatario, y sin embargo le compete tambien ademas de la accion vindicatoria la personal, y la razon de esto dice es, porque el legatario se hace dueño ó se le transfiere el dominio por derecho especial, y no por un acto verdadero de entrega, no obstante que la accion personal no se le concede ni compete al dueño que por algun acto verdadero ha adquirido el dominio de la cosa, segun se espresa en el §. 14, *inst. de actionibus*, y la ley última, ff. *de conditione causa data.*

193 Al mismo intento alega tambien la ley 1.ª, C. *de donationibus quæ sub modo*, la final, C. *de sacr. Ecles.*, la 30, ff. *de donationibus causa mortis*, la 30, C. *de jure dot.*, la 12, ff. *de captivis et post.* §. 7.°, *si quis servum*, y por último la 4.ª *de pactis inter emptorem et venditorem.*

194 En todas estas leyes, ó en la mayor parte de ellas, se transfiere el dominio *ipso jure* ó por derecho especial, y compete al dueño ademas de la accion vindicatoria la personal, de lo cual deduce y forma Gomez el siguiente argumento; asi como cuando se transfiere el dominio de una cosa *ipso jure*, y sin mediar la entrega le compete al dueño ademas de la accion vindicatoria la personal, para pedir que el poseedor le entregue la cosa, transfiriéndole el dominio que ya tiene, tambien cuando se transfiere la posesion civil y natural *ipso jure* por el ministerio de la ley puede el poseedor usar y valerse del entredicho *adipiscendæ*, para conseguir que el detentador le entregue la cosa, y le transfiera la posesion de ella, y asi el sucesor del mayorazgo en quien se ha trasladado la posesion en virtud de la ley de Toro podrá pedir al juez que se le ponga en la verdadera y natural posesion de los bienes, é intentar para esto el remedio *adipiscendæ possesionis*, cual es *quorum bonorum*, ó el remedio de la ley final, C. *de edicto divi Hadriani tollendo.*

195 Todas estas leyes citadas por Gomez mas deben considerarse como un efecto de su legal erudicion que como testimonios comprobantes de su opinion.

196 No es cierto en primer lugar que cuando se transfiere *ipso jure* el dominio de una cosa sin haber intervenido la entrega material de ella le compete al dueño ademas de la accion vindicatoria la personal, y en prueba de esta verdad basta recordar que el que hace depósito de una cosa, al que la presta y al que la da en locacion le concede el derecho ademas de la accion vindicatoria, la personal *de positi commodati et conducti* contra el depositario, como datario y conductor para que le entregue la cosa, y no para que le transfiera el dominio, como observa Donelo, lib. 8.° de los comentarios de derecho civil, capítulo 36, y sin embargo en todos los tres referidos casos el que usa de la accion personal no habia adquirido el dominio de la cosa que pide por ministerio de la ley, sino por medio de la tradicion ó entrega, con que es manifiesta-

mente falso el principio establecido por Gomez de que cuando se transfiere el dominio de una cosa por derecho especial compete al dueño á mas de la accion vindicatoria la personal.

197 Otro ejemplo hay aun mas terminante de la concurrencia de la accion personal con la vindicatoria, de que hace específica mencion el Emperador Justiniano en el §. 14 de las Instituciones en el título de las acciones, en donde se hace cargo de que el dueño de la cosa no puede pedir con accion personal, porque el dar en el sentido legal es entregar la cosa, de forma que se transfiera el dominio de ella, y lo que ya es de uno no puede adquirirlo segunda vez por ningun otro título, y sin embargo en ódio de los ladrones reconoce que se da al dueño de la cosa robada la accion personal ó condicion furtiva á mas de la accion vindicatoria que como dueño le compete, y no puede dudarse que en este caso el dueño de la cosa robada no tenia el dominio de ella por derecho especial.

198 Pero aun cuando se le conceda á Gomez lo que pretende, y que cuando se transfiere á uno el dominio de una cosa por derecho especial se pueda pedir por accion personal la misma cosa, nada en realidad adelantaria en lo que intenta probar, como voy á manifestar.

199 Por la accion personal en dicho caso, ó pedia que se le transfiriese el dominio que ya habia adquirido por derecho especial, ó la posesion de la misma cosa; si se dice lo primero se incurre en el absurdo y error legal de que lo que es de uno lo pueda adquirir segunda vez por otro título, como lo sienta Justiniano en el citado §. de las Instituciones, y se resuelve en otras leyes; si se dice lo segundo de que lo que se transfiere es la mera posesion, nada consigue Gomez de lo que pretende, pues por la accion personal se ha transferido al dueño el dominio de la cosa que ya tenia por derecho especial, de que se ve que es indispensable convenir y reconocer que cuando en una persona concurren la accion vindicatoria y la personal, esta degenera de su naturaleza, y se limita á pedir por ella que se le entregue la posesion de la cosa, y no el dominio de ella, como sucede con las acciones *de positi commodati et conducti*, por las que no pide el dueño que se le transfiera el dominio de lo que es suyo, sino que se le haga entrega de la cosa; ¿ni cómo era dable que el depositario, comodatario y conductor pudiesen transferir el dominio que no tenian al que hizo el depósito, el préstamo y arrendamiento de la cosa? Lo mismo se convence aun con la mayor claridad en el que ha robado una cosa, á quien se le pide con accion personal, sin embargo que nadie duda que por el robo ni adquirió ni le compete el dominio de ella, con que la accion personal se ha de entender limitada á pedir la entrega de ella.

200 De lo que dejo espuesto se infiere que aunque por las leyes citadas por Gomez se conceda la accion personal al que le compete la vindicatoria, en virtud de aquella accion no pide el actor que se le transfiera el dominio que ya tiene, sino que se le entregue y restituya la cosa misma, á la manera que aunque no es válida la estipulacion de una cosa propia, subsiste sin embargo la que se haga con el objeto de que se le restituya y entregue la misma cosa, segun se dispone en la ley 82, ff. *de verborum obligationibus*, que ordena que ninguno pueda estipular útilmente que se le dé una cosa propia, aunque sí podrá pedir que se le restituya, en cuyo sentido manifiesta Gomez en las leyes que cita, que debe usar el dueño de la accion personal, no para que se le transfiera el dominio que ya tiene de la cosa, sino para que se le entregue y restituya, y en el mismo modo se esplica Donelo al Comentario á la ley 1.ª, C. *communia de legatis*, que es una de las citadas por Gomez, en donde afirma que por la accion personal de que usa el legatario contra el heredero, no pide que se le transfiera el dominio de la cosa legada que ya tenia, porque entonces dice que se implicaria, sino que se le restituya ó se le entregue la posesion de ella.

201 Contraida esta doctrina al caso de la disputa, se pretenderá decir que por el entredicho *adipiscendæ* no conseguirá el sucesor en el mayorazgo la verdadera posesion que ya se le habia transferido por el ministerio de la ley, porque esto seria contradecirse abiertamente, sino la entrega y ocupacion material de la misma cosa, sin que esto lo impida el que el entredicho *adipiscendæ* sea remedio posesorio, y de consiguiente lo que se ha de pedir por él es la verdadera posesion, y no la entrega ó material ocupacion de la cosa, que en realidad no es posesion verdadera; pues asi como en los casos de las leyes que se han referido se

puede usar y usa el dueño de la accion personal para que se le entregue y restituya la cosa, sin embargo de que la accion personal lleva por su naturaleza el que se le transfiera el dominio de la cosa que se pide por ella, limitándose y restringiéndose su efecto á pedir la restitucion y entrega de la misma cosa, del mismo modo parece debe decirse que aunque sea cierto que el entredicho *adipiscendæ* sea remedio posesorio, y lleve por su naturaleza el pedir la posesion real y verdadera, en el caso presente se limita su efecto y disposicion á pedir solamente la entrega y natural ocupacion de la cosa que se posee.

202 Aunque á primera vista aparece esta esposicion arreglada y conforme á lo que se ha dicho del efecto de la accion personal, cuando usa de ella el que tiene tambien la vindicatoria, sin embargo debe decirse que la espresada esposicion es enteramente infundada y arbitraria, porque no habiendo ley alguna que conceda al inmediato sucesor en el mayorazgo en quien se ha transferido la posesion civil y natural el entredicho *adipiscendæ*, es una manifiesta voluntariedad el pretender atribuirle una accion que no le compete, ni el derecho se la concede.

203 Para mas corroborar Gomez su opinion de que el sucesor del mayorazgo en quien por ministerio de la ley ó por derecho especial se ha transferido la posesion civil y natural de los bienes puede intentar el remedio *adipiscendæ*, que supone es el mismo que el *de quorum bonorum* ó el de la ley final, C. *de edicto divi Hadriani tollendo*, á fin de pretender que el juez lo ponga en la posesion verdadera y natural de los bienes vinculados, se vale en primer lugar de la ley 1.ª C. *de Carboniano edicto*, en la cual únicamente se ordena que en virtud del edicto pretorio se ponga en la posesion de los bienes hereditarios al hijo pupilo que por haber muerto su padre sin testamento le disputan la cualidad de hijo, ó pretenden que no sea legítimo, con tal que preste caucion ó seguridad de restituirlos si despues de haber llegado á la pubertad sucumbia en la demanda.

204 Por poco que cualquiera se detenga á reflexionar sobre la disposicion de esta ley, echará de ver que en el caso de que habla no se transfiere en el hijo *ipso jure*, ó por derecho especial, la posesion de los bienes hereditarios de su padre, sino que lo que únicamente se le concede en virtud del edicto pretorio es la accion ó derecho para pedir que se le dé una posesion que nunca ha tenido, y si jamás ha estado en la posesion de los bienes que ahora pretende, ¿qué consecuencia ó paridad podrá sacarse de la disposicion de esta ley para el caso de la disputa, en que por la ley de Toro se transfiere la posesion civil y natural de los bienes vinculados en el sucesor del mayorazgo, y despues de estar en esta posesion se pretende que pueda usar del entredicho *adipiscendæ* para pedir y adquirir lo mismo que ya tiene? Si el un caso es diametralmente opuesto al otro, ¿cómo se pretende inferir que lo que se dispone en el uno se ha de entender tambien dispuesto en el otro?

205 No es mas feliz en la aplicacion que hace de la ley final, C. *de edicto divi Hadriani tollendo*, en la que se ordena que si alguno instituido por heredero, universal ó parcialmente, presentase el testamento sin ningun vicio visible, y con el correspondiente número de testigos, se le ponga en posesion de los bienes que fueren del testador al tiempo de su muerte, con tal que no los tenga otro con título legítimo, y si se opusiera alguno se examine el punto de la toma de posesion en el juicio competente; siendo esta y no otra la disposicion de la presente ley, se convence que el heredero pide y le da el juez una posesion que jamás ha tenido, en cuyo caso nada tiene de estraño que use del entredicho *adipiscendæ* para conseguir la posesion que no tiene, pero inferir de esto que deba decirse otro tanto en el caso que se disputa es un absurdo intolerable y repugnante á la razon.

206 El mismo Gomez en el número siguiente 119, proponiéndose la duda de si el sucesor en el mayorazgo en quien se ha transferido la posesion civil y natural podrá usar contra un tercero que detiene los bienes del remedio *recuperandæ*, resuelve que no, y se funda en que como el sucesor posea, ni se le haya privado por otro de aquella posesion legal, no le puede competir el espresado remedio, en lo que manifiesta la inconsecuencia con qué discurre en estas dos resoluciones, porque no es menos repugnante que uno pida se le dé lo que ya tiene, que solicitar recobrar lo que tiene y no ha perdido, pues si en este caso reconoce el Gomez que seria inútil el remedio *recuperandæ*, ¿por qué no se ha de decir lo mismo en el otro caso?

207 El señor Molina, que como dejo dicho arriba ha sido de los primeros escritores nacionales que ha examinado la resolucion de la ley 10, afirma en el lib. 3.°, capítulo 13 *de primogenitis*, número 2.° y siguientes hasta el 6.°, que el verdadero sucesor en el mayorazgo á quien se ha transferido la posesion civil y natural puede intentar y valerse del entredicho *adipiscendæ*, á fin de que el verdadero poseedor civil y natural se constituya poseedor actual y real, consiguiendo la actual tenuta ó posesion de los bienes. Para probar su opinion se vale de varios autores estrangeros, muchos de ellos anteriores á la formacion de la ley de Toro, y otros que es de presumir no hayan tenido noticia de ellas.

208 En apoyo de su opinion se vale de la ley 6.ª, ff. *de precario*, en la que pretende se establece que aquel en quien se ha trasladado la posesion *ex constituto*, aunque dicha posesion sea civil y natural puede usar del entredicho *adipiscendæ*, para conseguir la real ó actual tenuta y detentacion, segun Tiraquelo, lo que dice el señor Molina que es cierto, y que comunmente asi se observa, porque casi siempre en el uso de este remedio se suele pedir que el actor se ponga en la actual tenuta y posesion de los bienes del mayorazgo en ejecucion de las leyes de partida y de Toro.

209 Aunque la ley que cita el señor Molina disponga que *ex constituto* ó *ex precario* se tenga la posesion civil y natural, nada dice en punto á si el mismo puede pedir por el entredicho *adipiscendæ* la actual tenuta y detentacion, y el que Tiraquelo autorice esta opinion, y el señor Molina diga que es cierta, ínterin que no lo pruebe, no debe darse asenso á su asercion por las razones que se han indicado, y por lo que se establece en la ley 1ª, ff. *uti possidetis*, §. 4.°, en donde se sienta el principio de que todo juicio posesorio se dirige á que se nos dé lo que no poseemos, ó á retener lo que ya tenemos, y consiguiente á esto sabiamente afirma Justiniano en el §. 4.°, *Inst. de interdictis*, que la ley y la razon quieren que uno sea el que posea la cosa, y el otro el que la pida; con que se deduce por una clara ilacion que es contra la ley y razon pedir lo que ya se tiene.

210 No se limita á esto la opinion del señor Molina, sino la estiende á que el sucesor del mayorazgo puede tambien usar del remedio *recuperandæ*, y aun se atreve á afirmar que puede usar y acumular estos tres entredichos, *adipiscendæ*, *recuperandæ* y *retinendæ*, lo que dice que se ha de entender respecto de las diversas cosas que se comprenden en la herencia ó en el mayorazgo, porque puede suceder que respecto de una cosa sea despojado, respecto de otra turbado, y respecto de otra tercera ni despojado ni turbado; y últimamente supone que respecto de una misma idéntica cosa podrá el sucesor en el mayorazgo usar de todos estos remedios á un tiempo con diversos respectos.

211 Pasa á continuacion á desenvolver esta estraña paradoja, y dice que habiéndose trasladado la posesion civil y natural, en virtud de la ley de Toro podrá el poseedor del mayorazgo intentar el entredicho *adipiscendæ* para conseguir la actual tenuta, y respecto de la posesion civil el entredicho *retinendæ*, y respecto de la natural que alguno le hubiese usurpado violentamente el de *recuperandæ*, por poderse acumular estos tres entredichos con diversos respectos, segun la ley 12, ff. *de adquirenda possesione*.

212 Se hace cargo de que Tiraquelo y Antonio Gabriel omitieron la acumulacion del entredicho *recuperandæ* con los otros dos; pero dice que la causa fue porque por los estatutos de Francia é Italia no se transfiere la posesion natural; y como estos dos remedios denoten repugnancia respecto de la posesion civil, con razon omitieron uno de ellos; y por último concluye que sea cual fuere la causa de no acumularse el entredicho *recuperandæ*, no se debe dudar que en la posesion de los bienes del mayorazgo se pueden acumular todos estos remedios, y consiguiente á esto asegura que vió muchas veces que pedia el actor en el juicio de tenuta que se le confiriese la actual tenuta y posesion de los bienes, conservándolo, defendiéndolo y reintegrándolo en ella en cuanto fuese necesario, cuya acumulacion, vuelve á repetir, que se puede sostener por derecho con diversos respectos muchas veces puede ser útil. Hasta aqui el señor Molina.

213 Veamos ahora los errores que envuelve su doctrina. Supone este autor que el que tiene la posesion civil podrá usar del entredicho *retinendæ* para conservarla, y del entredicho *adipiscendæ* ó *recuperandæ* para adquirir la posesion natural, en lo que manifiesta que son dos las posesiones, una civil y otra natural, lo que es enteramen-

te falso, pues como repetidas veces se ha dicho y queda probado, la posesion es una sola, aunque los modos de tenerla sean diversos.

214 Incurre tambien en el error de suponer que de una misma cosa pueden dos tener á un tiempo la posesion, y en este caso dice que podrá uno usar del entredicho *retinendæ* para conservar la posesion civil, y para adquirir ó recuperar la posesion natural valerse del entredicho *adipiscendæ* ó *recuperandæ*, en cuyo sentido afirma que el sucesor del mayorazgo puede, respecto de una misma cosa, usar de todos estos remedios con diversos fines y respetos; pero esto es enteramente falso, pues como queda probado arriba con decisiones legales, y en especial de la ley 3.ª, ff. §. 1.º *de adquirenda vel amittenda possesione*, en donde espresamente se dice que es tan dificil y repugnante á la naturaleza que dos tengan la posesion de una cosa *in solidum*, como el que dos cuerpos esten y ocupen un mismo lugar á un tiempo, por lo que con razon afirma Cujacio en el lib. 9.º, cap. 33 de las observaciones, que el que posee, bien sea civil ó naturalmente, ó con justicia ó sin ella, ó no posee en realidad, ó posee con esclusion de otro cualquiera.

215 El recurrir á los casos y ejemplo que habia visto el señor Molina en que el actor pedia que se le confiriese la actual tenuta y posesion de los bienes, conservándolo, defendiéndolo y reintegrándolo en ella, es pretender que los ejemplos prevalezcan contra las leyes cuando estas previenen que por ellas, y no por ejemplos, se han de resolver los negocios en justicia. A todo esto se aumenta que la acumulacion de acciones no fue conocida en el derecho civil, segun la ley 6.ª, ff. *de exceptione rei judicatæ*, y los espositores y el real no se separan de él en este punto.

216 Los autores que han escrito despues del señor Molina cuasi todos se conforman con su opinion admitiendo la acumulacion de entredichos en el inmediato sucesor, como son Paz en el cap. 24 de tenuta, número 7.º; el señor Castillo en el libro 3.º, cap. 24, número 25 y siguientes de sus controversias; el P. Molina en la disputacion 637, número 2.º; Aguila en la parte 5.ª, cap. 5.º, número 49 y siguientes de las adiciones á Rojas; Villadiego en la Instruccion política, número 156, en donde aunque afirma que al sucesor del mayorazgo le competen los tres entredichos, reconoce que el que le corresponde con mas propiedad, y de que usan los abogados mas prudentes es el de *retinendæ*, que es lo que ya habia dicho Gomez en el número 120, §. *sed his non obstantibus*.

217 Habiendo hecho ver que en el caso de la ley de Toro no es aplicable el entredicho *adipiscendæ* al sucesor en el mayorazgo, ni tampoco el de *recuperandæ* por los fundamentos que se han referido del Gomez, corresponde manifestar cuál es el entredicho de que podrá valerse el sucesor en virtud de la ley. Digo, pues, que el entredicho que propiamente le compete y de que debe usar es el de *retinendæ*, entendido por el de *uti possidetis*; asi lo sienta el Gomez en el número 120, donde espresamente dice que es el remedio que mas propia y jurídicamente compete al sucesor del mayorazgo, y que los abogados mas hábiles se valen de él en el caso de la ley de Toro, y al fin del mismo número espresa la fórmula con que han de concluir su libelo los actores, reducida á que es legítimo y verdadero sucesor en el mayorazgo; que en virtud de la ley se ha trasladado en el mismo una y otra posesion; que injustamente se detienen los bienes vinculados por un tercero, por lo que pide se le declare sucesor y poseedor, y que por lo tanto se condene al demandado que no le moleste, perturbe ni inquiete en su posesion, y de consiguiente que le restituya las cosas que detenta, y que sea condenado á la restitucion de frutos ó su valor que hayan producido desde el dia de la retencion, y añade que este es el remedio propio y jurídico que se debe intentar en el caso de la ley, y que asi lo hacen los abogados mas instruidos.

218 El señor Covarrubias en el lib. 3.º de sus Varias, capítulo 5.º, número 6.º, §. *Inst.*, afirma que el sucesor del mayorazgo podrá usar del entredicho *retinendæ*, y en el caso de que despues de la muerte del poseedor haya otro ocupado ó adquirido la posesion de los bienes podrá valerse del entredicho *recuperandæ*.

219 Contra esto podrá decirse que aquel que retiene los bienes del mayorazgo no molesta ni perturba al sucesor en su posesion, y aun caso que el sucesor sea declarado poseedor, y condenado el detentador de los bienes á que en adelante no moleste ni perturbe al sucesor en su posesion, no conseguiria este la restitucion de los bienes,

porque este entredicho no es de naturaleza de recuperar, sino de conservar y retener.

220 Pero sin embargo se debe responder que este detentador de los bienes turba, molesta é inquieta al sucesor en el mayorazgo en retenerle los bienes y no restituírselos, porque de este modo no le deja usar de ellos y percibir los frutos de su posesion, como espresamente se resuelve en la ley 3.ª, §. 2.º, ff. *uti possidetis*, en donde afirma el jurisconsulto Ulpiano que el que impide á otro usar de su posesion es visto que se la disputa y perturba, y en el §. 4.º de la misma ley, en donde con referencia á Pomponio se dice que al que se le prohibe cultivar una posesion se le impide poseerla; y como esto se verifica en el caso de la disputa, porque el sucesor en el mayorazgo tiene la posesion, y el detentador le impide hacer uso de ella, es claro, segun la ley citada, puede el sucesor en el mayorazgo en concepto de poseedor valerse del entredicho *retinendæ* para que el detentador no le impida y estorbe el uso de su posesion, sin que se oponga á esto el que la naturaleza del entredicho *uti possidetis* es de retener y conservar, y no de restituir y recuperar la cosa, porque como la turbacion y molestia que sufre el poseedor consista en el estorbo que le pone el detentador para usar de su posesion, y este estorbo se origine de la detentacion, se sigue por una consecuencia necesaria que en virtud del entredicho *uti possidetis*, se pide que desista de la detentacion, y de consiguiente que restituya efectivamente los bienes al poseedor del mayorazgo.

221 Establecido que el único remedio que tiene el sucesor en el mayorazgo en quien se ha transferido en virtud de la ley de Toro la posesion civil y natural para pedir que el detentador de los bienes no impida y perturbe en la posesion de ellos, es el entredicho *retinendæ*, ó *uti possidetis*, resta manifestar ahora el tiempo ó término que se señala por la ley para usar de este remedio, ó introducir el juicio de tenuta, ó mas bien el de posesion.

221 Por la citada ley 9.ª se dispuso que si desde la muerte del poseedor del mayorazgo alguno que pretendia ser llamado á él tomó la posesion y se mantuvo en ella por medio año, si despues viniere alguno y la pidiere, en virtud de la ley de Toro no se admita su instancia en el Consejo, sino que debe remitírsele á la Audiencia del territorio, y aunque por la ley 10 siguiente se derogó la disposicion de la ley 9.ª en cuanto á que el juicio que se habia de seguir en el Consejo fuera de tenuta, y no de posesion, por lo que hace al término señalado para introducirle, nada se innovó por la ley 10, antes bien se confirmó, debiéndose advertir que si una vez posesionado en los bienes el sucesor en el mayorazgo fuese despojado de la posesion, no podrá usar del entredicho *adipiscendæ*, porque este, segun el §. 3.º, *Instit. de interdictis*, y la ley 2.ª, §. 3.º, ff. *de interdictis*, no se concede al que ha tenido la posesion y la ha perdido; pero bien podrá hacer uso en el Consejo del entredicho *recuperandæ* dentro de los seis meses inmediatos á la muerte del poseedor, segun el señor Molina en el número 8.º del capítulo citado, con tal que el despojo lo haya causado otro que pretenda ser llamado á la sucesion del mismo mayorazgo, porque si pretende que la posesion le compete por otro título no corresponde examinarse en el Consejo este punto, segun el mismo autor.

222 Si esta distincion es fundada, por igual razon parece corresponde decir lo mismo cuando el sucesor ha sido despojado de la sucesion, porque en tal caso no pide la posesion como sucesor en el mayorazgo, sino en concepto de despojado, y en juicio de reintegro del despojo no se atiende al título con que poseía, ó causa de posesion, sino únicamente á si ha intervenido ó no despojo.

223 Encarga con razon el señor Molina al número 9.º que se tenga siempre muy presente que aunque el remedio de que se usa sea posesorio, es de naturaleza y cualidad que lleva siempre inherente y mezclada la propiedad, de tal forma que no podrá obtener en él el actor, si no hace constar que es verdadero sucesor del mayorazgo; lo que se persuade con las palabras ó disposicion de la misma ley de Toro, que espresamente ordena que se transfiera la posesion civil y natural en aquel que segun la disposicion del mayorazgo debiere suceder en él, dando á entender que se ha de hacer constar esta cualidad.

224 No es nuevo que los entredichos posesorios lleven envuelta en sí la causa de propiedad, como se resuelve en la ley 2.ª, §. 2.º, ff. *de interdictis*, y en la 1.ª, C. *quorum bonorum*.

225 De esta doctrina infiere el señor

Molina que en este juicio posesorio se han de admitir todas las escepciones concernientes á la propiedad, porque lo que se opone á ella se opone por el mismo hecho á la posesion, lo que se debe entender con tal que incontinentemente se prueben las escepciones; pero sí necesitan un exámen detenido y largo, y á continuacion declara que se dice se prueban incontinentemente las escepciones cuando se verifica se prueba dentro del término señalado á la instancia y causa principal.

226 Controvierten los autores si la disposicion de la ley de Toro se estiende al caso de que el sucesor en el mayorazgo sea el primer llamado á la sucesion por el fundador. Antonio Gomez propuso esta duda al número 117 de su Comentario á esta ley, y se declaró por la afirmativa. El señor Molina, que escribió despues, eligió la negativa en el lib. 3.º, cap. 13, número 40, en cuya oposicion de opiniones tengo por mas conforme á la mente y espíritu de la ley, sin que repugne á sus palabras y literal contesto, la sentencia de Gomez.

227 Tres son las razones en que este autor funda su opinion: la primera en que la razon y disposicion de la ley se verifica, tanto en el caso del inmediato sucesor como en el mediato ó siguiente, que conspira á la mejor conservacion de los bienes del mayorazgo, á que esten mas unidos, y en ningun caso se puedan enagenar por falta de posesion, y donde se halla la misma razon se presume igualmente la disposicion de la ley: la segunda en que cuando se hace verosímil que el legislador hubiera dispuesto lo mismo en el caso omitido que en el espreso, uno y otro se deben suponer comprendidos en la disposicion: la tercera en que en realidad los bienes son de mayorazgo, el cual si era irrevocable por haber intervenido alguna de aquellas causas que traen consigo la irrevocabilidad, no puede dudarse que tanto en vida como despues de la muerte del fundador son verdaderamente bienes vinculados; y si es revocable y no lo revocó el fundador, se hace irrevocable por su muerte, y de consiguiente en cualquiera de estos casos se verifica que los bienes constituyen un verdadero mayorazgo: es asi que la ley habla espresamente de los bienes de mayorazgo, con que á ellos se debe estender su disposicion, que es para cuando haya muerto el fundador.

228 Veamos ahora los fundamentos de la opinion del señor Molina, y si desvanecen las razones de Gomez: el primero lo pone en que las palabras de la ley no dicen que pase la posesion del fundador al sucesor, sino de un sucesor á otro. Las palabras son, que muerto el tenedor del mayorazgo se traspase la posesion civil y natural en el siguiente en grado, de que infiere que espresando el tenedor del mayorazgo no dijo el fundador, y de consiguiente quiso dar á entender que precedia otro sucesor que era de grado mas próximo que el que le subseguia, pues que de otro modo no hubiera dicho al siguiente en grado, á causa de que el fundador no constituye grado. La prueba mas convincente de la poca solidez de la opinion del señor Molina es la debilidad de las razones con que intenta apoyarla.

229 Tenedor del mayorazgo se dice con toda propiedad del natural y genuino significado de la palabra, no menos el que tiene y posee el mayorazgo que fundó, que el que lo tiene por sucesion despues de la muerte del fundador, pues en uno y otro caso se verifica que el poseedor tiene el mayorazgo, que es lo que únicamente se requiere para llenar y cumplir el rigoroso significado de la palabra tenedor.

230 La ley 40 de Toro ofrece un testimonio irrefragable de esta verdad, la que usando de la misma palabra, tenedor de mayorazgo, comprende en su significado, tanto el fundador como á cualquiera de sus sucesores, porque de lo contrario era necesario decir que su disposicion no comprendia el caso de que el hijo mayor del fundador del mayorazgo muriese en vida de su padre dejándole un nieto, para que este escluyese á su tio en la sucesion.

231 Tampoco es cierto que corresponda menos la cualidad de siguiente en grado al que sucede al fundador que á cualquier otro de los ulteriores sucesores, y asi el pretender que el fundador no constituya grado es una asercion voluntaria y destituida de fundamento, por no poder dudarse que el inmediato sucesor es el siguiente en grado al fundador en el órden de los llamamientos, lo que se verifica, no solo cuando el fundador es de la línea recta ó efectiva, sino tambien cuando es de la colateral, porque en uno y otro caso es cierto decir que el sucesor es el siguiente en grado en órden á los llamamientos en la sucesion de los mayorazgos que no piden por

su naturaleza ir de grado en grado inmediato, como sucede en los saltuarios ó de cualidad; y supuesto que en el fundador se verifica con toda propiedad que es el primer poseedor, es consiguiente que el sucesor inmediato sea el segundo poseedor siguiente en grado al fundador.

232 Aunque se convence mas esta verdad con la doctrina del señor Molina, que establece y sienta como un principio inconcuso en materia de mayorazgos que la sucesion en ellos se defiere, no por derecho hereditario, sino de sangre, de que deduce é infiere en el lib. 1.º, cap. 8.º, número 2.º de su obra, que cualquiera de los sucesores en bienes de mayorazgo no recibe ni se le transfiere la sucesion del inmediato antecesor, sino del fundador, de que se infiere por una consecuencia necesaria que cada uno de los que suceden en los bienes vinculados ó de mayorazgo es sucesor inmediato del fundador, y de consiguiente, ó en ninguno se ha de transferir la posesion civil y natural, como inmediato sucesor del fundador, ó se ha de reconocer que se transfiere en el primer llamado y sucesor inmediato del mismo fundador.

233 Tambien se infiere que si todo sucesor lo es inmediatamente del fundador, en cualquiera se verificará que es siguiente en grado, lo que no podrá entenderse sino con referencia al fundador, y por lo tanto es forzoso confesar que este constituye grado.

234 Aun cuando las palabras de la ley no fueran aplicables al inmediato sucesor, sino á los ulteriores, no se deberia creer que habia razon de diferencia entre el inmediato y los demas, sino que la causa era porque mas frecuentemente se suele disputar la sucesion de los mayorazgos entre los sucesores mediatos que con el primer llamado, y siendo la razon la misma, en uno y otro caso debe regir la misma disposicion, pues segun se espresa en la ley 12, ff. *de legibus*, no pudiendo ser comprendidos especificamente en las leyes todos los casos, cuando en alguno está manifiesta la voluntad del legislador, el juez debe estender la disposicion de la ley á los casos semejantes.

235 El segundo fundamento de su opinion lo saca el señor Molina de las palabras de la ley que dice que pase la posesion civil y natural en el sucesor aunque haya otro tomado la posesion en vida del tenedor del mayorazgo, ó el muerto ó el dicho tenedor le haya dado la posesion, de las cuales dice que se seguiría un grande absurdo si se intentasen aplicar al inmediato sucesor, cual seria que la posesion de los bienes del mayorazgo pasase del fundador al primer poseedor, aunque el fundador al tiempo de su muerte no tuviera la posesion, lo que afirma es contra todo derecho y contra lo que han dicho los autores que han escrito sobre los estatutos de Francia é Italia, conviniendo todos en que si el estatuto dispone que del difunto se continúe la posesion en el heredero, se ha de entender cuando poseía este, porque la otra posesion que no tenia no se puede continuar con el heredero.

236 Aun añade que se seguiría otro absurdo mayor, si en el caso que el fundador del mayorazgo hubiese entregado á otro en su vida la posesion de los bienes, se transfiriese aquella posesion por la muerte del fundador en el primer llamado, lo que dice no es verosimil lo quisiese disponer asi el legislador, pudiendo el fundador regularmente revocar el mayorazgo.

237 Es bien estraño que el señor Molina pretenda limitar y coartar con los estatutos de Francia é Italia, y la esposicion de sus comentadores, las facultades de nuestros Soberanos para no poder establecer que la posesion de los bienes del mayorazgo pase al sucesor por la muerte del antecesor, aunque en vida de este haya tomado otro posesion.

238 Si espresamente lo ordena asi la ley, y reconoce el señor Molina que esta disposicion rige en el caso del inmediato sucesor para con los ulteriores, sin que en esto haya el menor absurdo, ¿qué razon podrá haber para que no se observe lo mismo en el primer llamado, aunque el fundador no haya tenido la posesion al tiempo de su muerte?

239 Aun es mas fútil é infundado el otro absurdo que pretende se seguiria de que pasase la posesion de los bienes en el primer llamado, cuando el fundador en su vida hubiese entregado á otro la posesion de los bienes, fundandose para este en que el fundador puede regularmente revocar el mayorazgo, porque ó el mayorazgo se habia hecho irrevocable por alguno de los modos que se espresan en la ley 44, ó no; si se dice lo primero, aunque el fundador entregue en su vida á otro la posesion de los bienes, el mayorazgo quedará válido y subsistente, y el fundador sin facultad para re-

vocarlo; si lo segundo, es cierto que no se transferirá en el sucesor la posesion; pero la causa será porque en realidad no habia mayorazgo, y no habiéndolo no se estaba en el caso de la ley, y de consiguiente no debe regir su disposicion.

240 Don Cristóbal de Paz sigue tambien la opinion de Gomez, y amplia sus razones en el cap. 25.

241 Este mismo autor en el cap. 69 de su obra de tenuta suscita la duda de si el que ha obtenido una sentencia favorable en el juicio de tenuta gozará el privilegio de reo en el juicio de propiedad, transfiriendo en su contrario el gravámen y obligacion de probar el dominio y propiedad, que es decir, si al que ha conseguido vencer á su contrario en el juicio de tenuta se le ha de tener y considerar por verdadero poseedor para disfrutar todos los efectos de la posesion hasta que otro haga constar en el juicio de propiedad pertenecerle el dominio de los mismos bienes, en cuya duda es de parecer el espresado autor, que sin embargo de que sea cierto que en los entredichos posesorios ordinarios el que ha sido vencido y propone la demanda de propiedad esté obligado á probar el dominio, en el caso presente debe decirse lo contrario, y se funda para ello en que la sentencia en el juicio de tenuta no tiene tanta presuncion de derecho á su favor que transfiera el gravámen y obligacion de probar en aquel contra quien se ha dado, ó lo que es lo mismo, que prive de la posesion al que ha sucumbido.

242 Esta opinion no la limita el Paz al tiempo y época en que regia la disposicion de la ley 9.ª, sino que la amplía y estiende aun despues de la resolucion de la ley 10, que tan clara y terminantemente ordenó que vistos en el Consejo en vista y revista los pleitos de tenuta, se remitieran á las Audiencias tan solamente en cuanto á la propiedad, por ser la sentencia y determinacion del Consejo en cuanto á la posesion, y pretende el citado autor que rija esto mismo despues de la ley 5.ª, libro 4.º, tít. 19 de la Recopilacion, que le negó la súplica en el juicio de tenuta, y los cincuenta dias que se concedian para la prueba los estendió y amplió al término ordinario de ochenta.

243 Las razones en que se funda Paz para sostener tan estraña opinion, aun despues de la resolucion de la ley 10, que tan espresa y terminantemente declara que el juicio que por la ley 9.ª era de tenuta ha de ser en lo sucesivo posesorio, de forma que ya no se ha de volver á tratar en las Audiencias de la posesion, sino que este juicio en cuanto á la naturaleza del entredicho, á que dice se ha de atender, permanece sumario y momentáneo como era antes, en términos que aunque en el juicio posesorio ordinario se deba proceder plenamente en la causa, y controvertirse todos los actos judiciales que suelen intervenir en él, admitiendo la prueba de tacha de testigos, la impugnacion de instrumentos y restitucion de menores, en el juicio posesorio de tenuta siempre se procede sumariamente sin hacer publicacion de probanzas, ni admitir tacha de testigos, ni impugnacion de testimonios, á no ser que sea evidente la falsedad, ni al menor se le concede restitucion contra la prueba, y por esto dice que aunque se alteró la disposicion de la ley 9.ª en cuanto á la posesion por acortar las dilaciones, este juicio posesorio conserva el nombre, fuerza y efecto de la verdadera tenuta, en la que no se trata del derecho de poseer, sino del hecho de la posesion.

244 De aqui infiere que la sentencia de tenuta no transfiere la obligacion de probar en aquel contra quien se ha dado, como sucede en los demas entredichos posesorios que tratan de la posesion civil, y asi la sentencia pronunciada en favor del poseedor en el juicio de tenuta no produce ninguna presuncion de derecho en su favor para el juicio de propiedad, por lo que concluye que como por la ley 10 el juicio de tenuta solamente se hizo posesorio no debe producir otros efectos, por lo que espresó, que fuera lo que disponia acerca de la posesion, debia permanecer en su fuerza y vigor lo ordenado por la ley 9.ª, en la que se disponia que íntegramente se reservase la causa de propiedad, y si se tranfiriera en el vencido en el juicio de tenuta la obligacion de probar en la de propiedad, no se conservária íntegra la causa de esta; porque íntegro dice que se llama aquello que no se disminuye y que nada le falta.

245 Tambien añade que la razon que tuvo la ley 5.ª, tít. 19, lib. 4.º de la Recopilacion para denegar la súplica en el juicio posesorio, fue el que se consideraba que era muy leve el perjuicio que se le causaba respecto de reservarle su derecho para el jui-

cio de propiedad, y no sería leve sino considerable el perjuicio que se le causaria si se le gravase con la obligacion de probar en el juicio de propiedad, por lo que concluye que sostiene con novedad que el vencedor en el juicio de tenuta no transfiere en el vencido la obligacion de probar en el juicio de propiedad, el que dice que se ha de seguir y acabar como si uno y otro litigante fuese actor y reo, sin conceder ninguna prerogativa al poseedor.

246 Es tan estraña esta opinion de Paz, y envuelve tantos errores legales y contradicciones, que solo viéndolo se hace creible pudiese adoptarse por un autor tan instruido en la jurisprudencia y versado en nuestras leyes patrias.

247 Concédasele á Paz que el juicio de tenuta se conserve sumario y momentáneo, como era por la ley 9.ª aun despues de la resolución de la 10, y que ni se haga publicacion de probanzas, ni admita prueba de tachas de testigos ni impugnacion de instrumentos, sino en el caso insinuado de notoriedad, ni restitucion contra la prueba, y que la alteracion que sufrió la disposicion de la ley 9.ª por la de la 10 únicamente fue en cuanto á la posesion á fin de acortar dilaciones, ¿y qué adelanta Paz con esta suposicion y preámbulo? No otra cosa que abismarse en mayores é insuperables dificultades.

248 Si el juicio de tenuta conserva y mantiene despues de la ley 10 la naturaleza de sumario que tenia por la 9.ª, tambien es indispensable que conserve la cualidad de ejecútivo que por la misma ley se le atribuía, ordenando que la sentencia de vista fuese ejecutiva en el juicio de tenuta aunque se suplicase de ella, y que aquel en cuyo favor se diere sea puesto en la tenencia de los bienes del mayorazgo.

249 Supuesto que el juicio de tenuta permanezca ejecutivo despues de la disposicion de la ley 10, y que por esta lo único en que se alteró la disposicion de la ley 9.ª fue en que la sentencia que antes recaía por esta sobre la tenencia recayese despues sobre la posesion, como reconoce y confiesa Paz, se sigue por una consecuencia tan clara y evidente como necesaria que aquel en cuyo favor se diere la sentencia de vista, deberá ser puesto inmediatamente en la posesion de los bienes, como antes se ponia cuando regia la disposicion de la ley 9.ª en la tenencia de ellos.

250 Ahora bien, si por la sentencia de vista se puso en posesion de los bienes al que obtuvo á su favor la sentencia, en virtud de la disposicion de la ley 10, y por la 5.ª, tít. 19, lib. 4.º de la Recopilacion se le denegó la suplicacion, quedó hecho verdadero y legítimo poseedor de los bienes, y como tal está exento del gravámen de la prueba en el juicio de propiedad, como espresamente se resuelve en la ley 2.ª y 16, C. *de probationibus*, declarando que al poseedor no le incumbe el gravámen de la prueba; de que se convence hasta la evidencia que el que ha conseguido en el juicio de tenuta una sentencia favorable está exento de probar en el juicio de propiedad, y pasa al actor este gravámen.

251 Pretende Paz, al número 10 y siguiente, que el juicio de tenuta que se hizo posesorio mixto, en virtud de la ley 10, y por la cual se proveyó de remedio á la posesion civil y natural, esto es, no solo á la posesion de hecho, conserva despues de dicha ley 10, asi el nombre como la fuerza y efectos de la verdadera tenuta.

252 Por poco que se reflexione se echará de ver que esta asercion envuelve en sí una manifiesta contradiccion: si el juicio de tenuta que reconoce era antes por la ley 9.ª un remedio posesorio, mero y puro, se hizo mixto, en virtud de la ley 10, que proveyó de remedio, tanto á la posesion de derecho como de hecho, implican que produjese el mismo efecto, porque en tal caso hubiera sido inútil y ociosa la disposicion de la ley 10, que dejaba las cosas en el mismo ser y estado que antes tenian.

253 Pero cómo habia de ser el mismo el efecto si la disposicion de la ley 9.ª, que solo se limitaba á la tenuta ó posesion de hecho, la estendió y amplió la 10 á la posesion de derecho, como confiesa el Paz al número 10, y aun añade que de tal modo se hizo posesorio el juicio por la espresada ley, no solo en cuanto al hecho, sino en cuanto al derecho, que quedase terminada y concluida la causa en lo tocante á la posesion, de forma que no se volviese jamás á tratar de ella.

254 Si por el juicio introducido y seguido, segun lo dispuesto por la ley 10, quedaba terminada y concluida la causa de posesion, ó lo que es lo mismo, declarado á quién pertenecia el derecho de poseer, y que ya no se volviese á tratar mas de él, con que es claro que uno de los litigantes

habia de ser declarado poseedor verdadero de los bienes, porque de otro modo no podia ser cierto decir que la causa de posesion quedaba terminada y conclusa, y en esta suposicion aquel en cuyo favor se diese la sentencia debia ser puesto en la posesion de los bienes, por ser ejecutiva y no admitir suplicacion, y de consiguiente transferia el gravámen de probar en el juicio de propiedad al que habia sucumbido en el de posesion.

255 En tanto grado es cierto que el juicio de posesion debe preceder al de propiedad, que dice el Emperador Justiniano en el §. 4.º *inst. de interdictis*, que cuando algunos quieren disputar en juicio la propiedad de alguna cosa se ha de ventilar antes á quién pertenece la posesion para conocer quién debe poner la demanda, porque añade que si antes no consta cuál de los dos tiene la posesion no se puede introducir la demanda de propiedad, á causa de que asi la razon legal como la natural exige que uno posea y otro pida al poseedor.

256 A lo dicho se aumenta que siendo diversa la accion que se introducia por la ley 10 de la que se ventilaba por la 9.ª, necesariamente debia ser diverso y distinto el efecto de las sentencias dadas respectivamente.

257 Aun se hace mas estraña la opinion de Paz, si se coteja con lo que dejó dicho en el número 3.º del cap. 6.º, en donde despues de suponer en el número 1.º y 2.º que el juicio de tenuta, si se consideraba en su orígen, no podia dudarse de que no traía mezclada en sí la causa de propiedad, porque en él solo se trataba de la mera cuestion de hecho y no de derecho, á causa de ser el espresado juicio, atendida su naturaleza y la decision de la ley 9.ª, preparatorio tan solamente del de propiedad, y por eso afirma en términos espresos que despues de la decision de la ley 10 tiene por mas cierto que el juicio de tenuta lleva en sí envuelta y mezclada la causa de propiedad. Si segun su confesion el juicio de tenuta que por la ley 9.ª era de mera posesion de hecho, y preparatorio del de posesion y propiedad, se hizo por la ley 10 de posesion de derecho, llevando en sí envuelta la causa de propiedad, es indispensable reconocer que la sentencia que recae en este juicio es declaratoria de la posesion de derecho, y el que la obtiene á su favor se constituye verdadero y legítimo poseedor de hecho y de derecho, y como á tal le corresponden y goza de los privilegios de poseedor, de los cuales es uno el de transmitir la obligacion de probar en el que pretenda disputarle la propiedad.

258 Otro tanto habia dejado ya dicho este autor en el cap. 5.º, número 13 y siguientes, en donde confiesa que la tenuta que por la ley 9.ª se equiparaba al entredicho Interin, por la decision de la ley 10, ya no se equipara al entredicho Interin, sino al *uti possidetis*, y tambien infiere que el nombre de tenuta ya se habia hecho impropio, debiéndose llamar juicio de posesion por la nueva naturaleza y alteracion que habia sufrido.

259 Cuando todo lo que queda dicho no fuera de un claro convencimiento para persuadir la ninguna solidez de la opinion de Paz, bastaria para hacer demostrable su falsedad, no solo la peticion que se hace en la demanda del juicio de tenuta, reducida á que respecto de haberse transferido por el ministerio de la ley la posesion civil y natural, se le mande dar la real y actual con recudimiento de frutos desde el dia de la vacante, sino la fórmula con que se concibe la sentencia, declarando habérsele transferido la posesion civil y natural por la muerte del último poseedor, y mandando se le dé con todos los frutos que hayan producido los bienes desde el dia de la vacante, y á consecuencia de ella se le da al que la ha obtenido la ejecutoria ó una certificacion de ella para que en su virtud sea puesto inmediatamente en la posesion real y actual de todos los bienes del mayorazgo, cuya práctica acredita que el juicio ha sido propiamente posesorio, y lo atestigua don Pedro Escolano en su práctica del Consejo real, tomo 2.º, cap. 15 de tenutas.

260 Se ha dicho que por disposicion de la ley 9.ª, tít. 7.º, lib. 5.º de la Recopilacion se ha de poner la demanda de tenuta en el Consejo dentro de los seis primeros meses despues de la muerte del último poseedor, lo que debe entenderse con tal que el tercer opositor que viene poniendo la demanda no sea coadyuvante de alguno de los litigantes, pues en tal caso como este tercer opositor tiene que seguir la causa en el estado que la encuentra, y ningun perjuicio causa á los litigantes, no se debe tener como un nuevo opositor, por lo que afirma el señor Molina en el número 17 de

las notas que trae al fin de su obra que debe ser admitido, cuya opinion sigue Paz en el cap. 23, número 1.º y siguientes, en lo que no parece hay motivo de dudar atendidas las razones que propone Paz en el lugar citado.

261 Mayor dificultad envuelve el caso de que este tercer opositor ponga su demanda de tenuta despues de los seis meses, pretendiendo escluir el derecho de los colitigantes. El señor Molina en el lugar citado dice que no debe ser admitido, á no ser que haga su oposicion antes de recibirse la causa á prueba, ó al principio de haberse recibido, y da por razon que el término de prueba debe correr por todos, ni se causa ningun daño á los litigantes de admitir oposicion, ni se dilata el pleito, por lo que tiene por justo y equitativo que no se repela su opinion en este caso, lo que dice que se puede probar con muchos derechos y razones. Si son como las que ha referido, hizo bien en no haberlas espresado.

262 Paz en el número 14 del citado capítulo 23 defiende con vigor que el tercer opositor que se presenta fuera del término de la ley escluyendo á los litigantes no debe ser admitido, aunque haga su oposicion antes del término probatorio ó al principio de él, y sin embargo al número 35 reconoce que la opinion del señor Molina debe ser admitida atendida la equidad, y que vió alguna vez seguirla en el Consejo, y á continuacion estiende la misma opinion á todo término probatorio, con tal que no se impida ni se difiera la sentencia definitiva, ni se le conceda ninguna nueva dilacion.

263 Don Pedro Escolano en su Práctica del Consejo, tomo II, capítulo 15, hablando del juicio de tenuta, dice que hay muchos ejemplares de que estando principiado el pleito en tiempo y forma, y siguiéndose entre las partes, ha salido al juicio despues del semestre establecido por la ley 9.ª, tít. 7.º, lib. 5.º, poniendo su demanda de tenuta un tercero, ó como coadjuvante del derecho de algunas de ellas ó como escluyente de todas, en cuyo caso, ya sea por hallarse al parecer omitido en la citada ley, pues segun se colige, solo se escluye en ella de este juicio al que despues de los seis meses le instaura y empieza de nuevo, ya sea por la grande equidad del Consejo, ó ya por los fundamentos que su sabiduría tiene presentes, la práctica que en esto regularmente observa es admitir la nueva demanda ó tercia, mandando dar traslado á los demas interesados en la tenuta, sin perjuicio del estado del pleito, ó acordando que se tenga presente al tiempo de la vista, y especialmente cuando aparece por los instrumentos un derecho claro en el tercero y superior á los demas.

264 Segun esta práctica parece que el tercer opositor que viene á la causa, bien sea escluyente ó coadjuvante, es admitido sin perjuicio de su estado, no solo al principio del término probatorio ó durante él, sino aun despues, en lo que se ve amplían y estienden las dos opiniones de los citados autores, y á mas se advierte que si al tercer opositor que viene con derecho esclusivo de los litigantes se le admite sin perjuicio del estado de la causa, se le puede probar el derecho en que funda su demanda, mayormente si la causa estaba ya conclusa para definitiva.

265 Entre los ejemplos que propone Escolano de haberse observado la práctica que deja sentada, refiere un pleito que se principió en el año de 1646 entre las partes que espresa, y dice que habiendo salido un tercer opositor á la causa, no solamente despues del semestre sino tambien despues de la sentencia de vista, y de haberse visto en la instancia de súplica, y remitido en discordia sobre la sentencia de revista, y sin embargo del artículo que se formó sobre repulsa de esta demanda y de no contestar, mandó el Consejo que se adicionase el memorial con los instrumentos producidos para los efectos que hubiese lugar.

266 Sea lo que fuere de la certeza de este caso, lo cierto es que choca directamente, no solo con la decision de la ley 9.ª, que fija el tiempo en que se debe poner la demanda de tenuta, sino mas particularmente con la ley 5.ª, tít. 19, libro 4.º de la Recopilacion, que espresamente derogó la súplica de los juicios de tenuta, y siendo dicha ley del año 1595 se ve que fue anterior al año de 1646, en que se incoó el pleito de que habla Escolano, y de consiguiente no correspondia haber admitido súplica de la sentencia de vista en virtud de la espresada ley, que se observa religiosamente hasta el presente. Lo mismo se repitió en la ley 62, capítulo 22, tít. 4.º, libro 2.º de la Recopilacion, que es de 1608.

267 Como quiera que sea, si las prácticas han de prevalecer contra las leyes era

escusado ocupar el tiempo en hacerlas.

268 Esta práctica, caso de ser cierta, mas se debe reputar por un abuso de la autoridad que por una justa y equitativa interpretacion de la ley.

269 Como pendiente el juicio de tenuta comunmente suele introducirse por alguno de los litigantes el artículo de la administracion de los bienes, será bien referir el modo y forma con que debe circunstanciarse dicho artículo, segun lo dispuesto por el señor don Fernando VI en su real órden de 1750, que por primera vez se ha insertado en la ley 8.ª, tít. 24, libro 11 de la Novísima Recopilacion.

270 En ella se ordena que el citado artículo se ha de substanciar en el término perentorio de cuarenta dias, que han de correr desde el que se reproduzca en la escribanía de cámara del Consejo la provision de emplazamiento con las notificaciones hechas á los interesados, sin que en ningun caso se suspenda y prorogue, y que en el mismo auto en que se resuelva el artículo se ha de recibir el pleito á prueba sobre lo principal por los ochenta dias de la ley, sin que se pueda suspender ni prorogar con ningun pretesto ni motivo; que del referido auto de prueba de administracion ó secuestro no se ha de admitir súplica ni otro recurso en ninguna de sus partes; que en sala de mil y quinientas se han de substanciar todos los pleitos de tenuta hasta ponerse en estado de sentencia definitiva, y que en ella sola se han de ver y determinar todos los artículos que durante el juicio se introdujeren, á escepcion del que se formase sobre no ser caso de tenuta, ó no haber lugar á este juicio, porque semejante artículo se ha de ver y determinar por las tres salas, segun y como se ve y determina la tenuta en lo principal. Esto es cuanto comprende dicha real disposicion.

271 Resta solo advertir para complemento de esta materia que los juicios de tenuta se han de ver en difinitiva, y los artículos que tengan fuera de ella por los trece señores ministros que componen las tres salas de Consejo de mil y quinientas, justicia y provincia, ó por lo menos por nueve de ellos, segun el auto acordado 108, tít. 4.º, libro 2.º de la Recopilacion.

Ley XLVI de Toro; es la 6.ª, tít. 7.º, lib. 5.º de la Recopilacion.

Todas las fortalezas que de aqui adelante se ficieren en las ciudades é villas é lugares é heredamientos de mayoradgo, é todas las cercas de las dichas ciudades é villas é lugares de mayoradgo, assi las que de aqui adelante se ficieren de nuevo como lo que se reparare, ó mejorare en ellas, é assi mismo los edificios que de aqui adelante se ficieren en las casas de mayoradgo labrando ó reparando ó rehedificando en ellas, sean assi de mayoradgo como lo son, ó fueren las ciudades, é villas, é lugares, é heredamientos é casas donde se labraren: é mandamos que en todo ello subceda el que fuere llamado al mayoradgo con los vínculos é condiciones en el mayoradgo contenidas, sin que sea obligado á dar parte alguna de la estimacion, ó valor de los dichos edificios á las mugeres del que los fizo ni á sus fijos, ni á sus herederos ni subcesores. Pero por esto no es nuestra intencion de dar licencia ni facultad, para que sin nuestra licencia, ó de los Reyes que de nos vinieren se puedan hacer, ó reparar las dichas cercas é fortalezas, mas que sobre esta se guarden las leyes de nuestros reinos, como en ellas se contiene.

COMENTARIO

á la ley 46 de Toro.

1 Dispone la presente ley que todas las fortalezas que en adelante se hicieren en las ciudades, villas y lugares de mayorazgo, y todas las cercas de dichas ciudades, villas y lugares que se hicieren ó repararen en ellas, y asi mismo los edificios que se hicieren en las casas de mayorazgo labrando ó reedificando en ellas, sea y se reputen por de mayorazgo, como lo son las ciudades, villas, lugares y casas donde se edificaren, y se manda que en los espresados edificios suceda el llamado al mayorazgo, sin que tenga obligacion de satisfacer parte alguna de la estimacion ó valor de tales edificios á la muger é hijos del que los hizo, ni á sus herederos y sucesores, sin que por esto se entienda dada facultad para que sin licencia real se puedan separar las enunciadas cercas y fortalezas, sobre lo cual deberán observarse las leyes del reino.

2 Tres son las partes de que se com-

pone esta ley ; en la primera se refieren las cosas sobre que ha de caer su disposicion ; en la segunda se pone la resolucion, y en la tercera se propone cierta limitacion ó declaracion, de las que hablaré con separacion por el órden con que en la misma se refieren.

3 He dicho que la ley trata en la primera parte de las cosas sobre que ha de recaer su decision, y son las fortalezas que se hicieren en los lugares que espresa, y todas las cercas que se fabricaren ó repararen en los mismos; y los edificios que se construyeren en casas de mayorazgo, ó se repararen.

4 Las varias obras de que aqui se hace mencion se reducen á dos clases, á saber, á edificar de nuevo ó reparar lo antiguo, pues el aumentar las hechas en realidad no es otra cosa que edificar de nuevo.

5 Supuesta esta diferencia de obras ó mejoramientos hechos en bienes de mayorazgo se sigue tratar de la resolucion de la ley y de la aplicacion á los casos espresados.

6 Dispone que en todos los casos referidos el llamado al mayorazgo suceda en todos estos edificios, sin obligacion de satisfacer parte alguna de su valor á la muger é hijos ó herederos del que los hizo.

7 Dos son las clases ó especies á que se reducen estos edificios, á saber, nuevos y renovados.

8 Por lo que hace á los edificios que se construyen de nuevo en suelo ageno con conocimiento del que lo es, ceden y se hacen del dueño del suelo, no solo por derecho civil, como espresamente se dispone en el §. 30, *institutionum, de adquirendo rerum dominio*, y otras varias leyes concordantes con esta, sino tambien por el derecho real en la ley 42, tít. 28, partida 3.ª, cuyas palabras son las siguientes; "cual ome quier que labrase edificio ó sembrase en heredad agena habiendo mala fé, é sabiendo que no habia derecho de lo facer ; si despues de eso fuese vencido en juicio del verdadero señor de la heredad, pierde todo cuanto y labró ó sembró, é debe ser de aquel en cuyo suelo ó heredad lo fizo, é no puede ni debe cobrar las despensas, que y oviese fechas en razon de aquello que labró de nuevo."

9 Aunque el tenedor de un mayorazgo no se pueda llamar en rigor poseedor de mala fé porque lícitamente posee, pero en realidad es poseedor de mala fé, en cuanto la noticia y conocimiento que tiene de que la cosa es suya solo temporalmente, con que si el que edifica en suelo ageno con conocimiento de que es de otro, pierde el edificio y se hace del dueño, con igual razon debe decirse lo mismo del que con conocimiento edifica en un suelo que por su muerte ha de pasar á ser de otro independiente de su voluntad.

10 Siendo, pues, el poseedor de un mayorazgo poseedor de mala fé en el sentido espuesto, nada tiene de irregular la disposicion de la presente ley en la parte que priva á la muger y herederos del que hizo los edificios de su valor ó estimacion, antes bien se conforma con lo dispuesto en esta parte por derecho civil y real de las partidas.

11 Veamos ahora lo que dispone el mismo derecho civil y real de las partidas cuando la obra que se hace en suelo ageno es para reparar y conservar la antigua.

12 Estas impensas las llaman las leyes y autores necesarias, á diferencia de las otras de que hemos hablado arriba, que se dicen útiles.

13 De estas impensas habla la ley 79, ff. *de verborum significatione*, y dice, *impensæ necesariæ sunt quæ si factæ non sint, res aut peritura, aut deterior futura sit*; y lo mismo dispone la ley 14, ff. *de impensis in res dot. factis*, y en la 1.ª y 4.ª *eodem.* De estas habla tambien la ley 44, tít. 28, partida 3.ª

14 Supóngase por ahora que el poseedor del mayorazgo haya de reintegrarse y cobrar las impensas necesarias que hizo en los bienes vinculados, y examinemos de quién ha de pedir y solicitar este reintegro.

15 Parece que precisamente ha de ser ó de los bienes ó fincas del mayorazgo ó del sucesor en el mismo, ó de los réditos ó productos que como tal poseedor percibe.

16 No puede hacerse este reintegro de los bienes vinculados ó de mayorazgo por estar prohibida su enagenacion espresamente por el fundador en utilidad y conservacion de su familia.

17 Que esta prohibicion haga los bienes inagenables aun para resarcir las espensas, se convence con la paridad del fundo dotal.

18 Tratando el jurisconsulto Ulpiano en la ley 5.ª, ff. *de impensis in res dot. factis*, de esplicar cómo debia entenderse lo que disponen varias leyes, de que las impensas necesarias disminuyen la dote, dice: *sic erit accipiendum (ut et Papinianus ait) non*

ut ipsæ res corporaliter diminuantur, ut puta fundus, vel quodcumque aliud corpus; et enim absurdum est diminutionem corporis fieri propter pecuniam, cæterum hæc res faciet desinere esse fundum dotalem vel partem ejus; manebit, igitur, maritus in rerum detentione donec ei satisfaciet, non ipso jure corporum sed dotis fit diminutio.

19 Si la prohibicion de enagenar el fundo dotal hace que las impensas necesarias invertidas en su reparacion no las pueda cobrar el marido con disminucion ni del fundo dotal ni de parte alguna suya, con igual y mayor razon deberemos decir otro tanto de las impensas necesarias hechas en bienes vinculados.

20 Digo que con mayor razon si se considera que la prohibicion de enagenar el fundo dotal solo es en favor directamente de la muger, de quien es el fundo dotal despues de disuelto el matrimonio con libre disposicion, y la prohibicion de enagenar bienes vinculados se dirije inmediatamente á beneficio y conservacion de una familia, sin que á ninguno de los poseedores le sea permitido disponer libremente de ellos.

21 Si se elige el otro estremo de que las satisfaga el sucesor, bien sea de sus bienes propios ó de los productos del mayorazgo, deberá decirse que á este sucesor se las deberia satisfacer el que le suceda, y asi *in infinitum*, como sábiamente lo observa el Señor Molina *de primogenitis*, lib. 1.º, cap. 26, número 18, y el Señor Castillo, lib. 5.º, cap. 65, número 85, donde cita otros varios autores de esta opinion, y aun cuando contra toda razon se quisiere decir que este gravámen de satisfacer las impensas no habia de pasar del sucesor inmediato al que las hizo, se incurriria en el mismo absurdo que se intentaba evitar, y era que la muger del poseedor del mayorazgo y sus hijos sufrieran perjuicio en su parte de gananciales y en sus legítimas por las impensas hechas en los bienes vinculados, porque en el caso de haberlas de satisfacer el sucesor, la muger é hijos de este percibirian esta menos parte en sus gananciales y legítimas.

22 El señor Palacios Ruvios, como uno de los ministros que asistieron á la formacion de las leyes de Toro, nos dice que cuando se trató de establecer esta, clamó contra ella considerándola inicua y contraria á derecho y razon; pero sus clamores reconoce que no fueron tan grandes que impidieran la publicacion de la ley, pues aunque por haber padecido un grande dolor de ojos el dia que se habia de hacer la publicacion de las leyes, y consultarse con el Rey Don Fernando, no pudo asistir para hacer oposicion á esta perniciosa ley, segun la llama, se lisongea atendida la injusticia de ella que no duraria mucho. La misma profecía hizo de palabra algun tiempo despues al Doctor Don Diego del Castillo estando en Berlanga, y aun le preguntó delante de muchos nobles de qué dictámen era acerca de la justicia de dicha ley, y le respondió que habiéndose publicado de órden del Rey tenia á su favor la presuncion de justa, segun lo afirma el mismo Castillo en el Comentario á la citada ley.

23 Si por el éxito de su profecía hemos de inferir la justicia de la razon en que la fundaba, seguramente que no deberemos hacer el mejor concepto de ella, pues van á cumplirse tres siglos de una constante y exacta observancia de la ley, aunque de tiempo en tiempo no haya faltado algun escritor que ha seguido la opinion del Señor Palacios Ruvios, y ahora recientemente el Señor Don Gaspar de Jovellanos, en el informe que ha estendido de la sociedad económica de Madrid al Consejo sobre la ley agraria, declama altamente contra la justicia de esta ley, motejándola de bárbara en la opinion de algunos jurisconsultos, y tambien en la suya en cuanto á la estension que le han dado los espositores.

24 Hagámonos cargo de las razones y fundamentos en que el Señor Palacios Rubios apoya su opinion.

25 En el §. 62, número 14 y siguientes de la rúbrica *de donatione inter virum et uxorem* cita la ley 9.ª, tít. 4.º, lib. 3.º del fuero real, en que se dispone que si constante matrimonio el marido ó la muger edifican casa en suelo de alguno de ellos, el dueño del terreno ó sus herederos dé la mitad de la estimacion del edificio al otro, ó á sus herederos, quedándose él señor de la raiz con lo que en ella se construyó.

26 De esta ley infiere que las mejoras hechas en bienes de mayorazgo y en cosas sugetas á la restitucion se han de dividir entre los consortes con arreglo á esta ley, y repite los clamores que hizo al tiempo de la formacion de la de Toro, el poco fruto que produjeron, y la esperanza que tenia en su corta duracion.

27 En el número 1.º del Comentario á la ley de Toro cita en confirmacion de su opinion la 3.ª del tít. 4.º, lib. 3.º del fuero Real, en la que se dispone que cuando el marido ó la muger plantaren viña en tierra de alguno de ellos, y muriese uno de los dos, el dueño de la tierra tome el terrazgo, segun ponen otras viñas en aquel lugar, y parta el vino con los hijos del muerto ó con sus herederos, y lo mismo se observe en otras labores que se hicieren en solar de uno de ellos.

28 Aunque el sentido de esta ley está bastante confuso y obscuro, como lo manifiestan los autores en las varias esposiciones que la dan, sin embargo, aunque por ella se conceda que el que hizo las mejoras en la tierra del otro debe sacar su parte, tratándose en dicha ley de las mejoras ejecutadas en tierra de libre disposicion, no puede ni debe inferirse de ella que en las tierras vinculadas deba observarse la misma resolucion, ó que se tenga por injusta la ley que disponga lo contrario.

29 En el mismo lugar vuelve á citar el señor Palacios Ruvios la ley 9.ª del mismo título y libro del fuero real, que citó antes en el §. 62 de la rúbrica *de donatione inter virum et uxorem*, á cuya ley se debe aplicar la misma satisfaccion que á la tercera que queda referida.

30 Ultimamente cita la ley final tít. de los gananciales, lib. 5.º del ordenamiento real, la que se halla trasladada á la Recopilacion en la 5.ª, tít. 9.º, lib. 5.º, en la que se ordena pueda el marido enagenar los bienes adquiridos durante el matrimonio, con tal que no lo haga en fraude de la muger, de que infiere que si el marido consumiera todos los bienes adquiridos en edificios y en casas de mayorazgo se manifestaria claramente que lo hacia en fraude de su muger.

31 A este inconveniente se responderá despues cuando tratemos de los remedios de que puede valerse la muger contra el abuso que haga el marido de la facultad que le da la ley de Toro.

32 Don Diego del Castillo en su Comentario á esta ley refiere que estando en la villa de Berlanga trató con el Señor Palacios Ruvios acerca de las leyes de Toro, y le manifestó hablando de la presente que cuando asistió á las Córtes en donde se formaron estas leyes siempre fue de dictámen contrario á la resolucion de la ley 46 por los fundamentos que espuso en el capítulo *per vestras*, y tambien le aseguró que sobre aquella repeticion habia hecho algunas adiciones, y que esperaba que no pasaria mucho tiempo sin que esta ley se derogase por injusta; y preguntado por el mismo Señor Palacios qué juicio formaba de dicha ley, respondió en presencia de muchos nobles que entonces estaban congregados bajo la presidencia del mismo Señor, que habiéndose formado y promulgado esta ley de órden del Príncipe se debia presumir justa, y no se habia de tratar ni inquirir la razon que tuvo para su formacion, fundándose en la ley *non omnium*, y la siguiente D. *de legibus*.

33 Antes de proponer y satisfacer á las varias razones que alegan diferentes autores para persuadir la injusticia de la ley de Toro, procuraré establecer con sólidos fundamentos no solo su equidad y justicia, sino que era indispensable su formacion para que sirviera de regla en los mejoramientos que se hiciesen en bienes de mayorazgo de cualquiera especie que fueran.

34 Supuesto que pretenden los que tienen por injusta la disposicion de esta ley que las mejoras hechas en bienes vinculados no las debe perder el que las hizo, se les podrá preguntar quién es el que las debe satisfacer, y es preciso que respondan que debe pagarlas el mayorazgo ó el sucesor en el mismo.

35 Si dicen lo primero se les debe volver á preguntar si cuando dicen que las mejoras las ha de satisfacer el mayorazgo, entienden que deben pagarse del capital y fincas del mayorazgo, ó de sus rentas y frutos: si eligen el primer miembro de la distincion, contravienen manifiestamente á las disposiciones del derecho comun y real, que ordenan que las mejoras hechas con buena fé en fundo ageno se deben sacar, no del cuerpo de él, sino de los productos, como se ha manifestado arriba hablando de las mejoras hechas en el fundo dotal, y en la ley 41, tít. 28, partida 3.ª, conformándose con las disposiciones del derecho comun en cuanto á que el que edifica con materia propia en suelo ageno con buena fé no puede usar de la accion vindicatoria para recobrar la materia con que hizo el edificio, solo le permite que antes de entregar la heredad cobre del dueño de ella el valor de las mejoras, lo que equivale á que haya prenda de la heredad para

cobrarse de su producto, si no le satisface el valor de las mejoras por otro medio, sin que para ello le competa al poseedor accion alguna para apropiarse alguna parte de la heredad, por pequeña que sea, pues si no puede usar de la accion vindicatoria para recobrar la materia del edificio interin que este subsista, con mayor razon se le negará el que use de la accion vindicatoria contra parte alguna de la heredad, que nunca ha sido de su dominio.

36 Tambien se incurriria en el inconveniente de quebrantar y contravenir á la espresa voluntad del fundador, que prohibió clara y específicamente la enagenacion del todo ó parte de los bienes vinculados.

37 Si se abraza el segundo estremo de que el valor de las mejoras se satisfaga del producto de los bienes vinculados, es lo mismo que decir que lo pague el sucesor en el mayorazgo, pues perteneciendo á este los frutos desde el instante de la muerte de su antecesor, todos los frutos que desde entonces producen los bienes vinculados se hacen propios del sucesor, de cuyo estremo perteneciente al segundo miembro de la primera distincion paso á tratar ahora.

38 Tanto el poseedor del mayorazgo que hizo las mejoras, como el sucesor en el mismo, son unos poseedores temporales de por vida, sin facultad de disponer libremente de los bienes vinculados, en cuya suposicion digo que en el conflicto de haber de perder las mejoras el que las hizo, ó de satisfacerlas el sucesor, es mas conforme á razon y justicia que las pierda el mismo que voluntariamente las ejecutó, que no el sucesor que se las encontró hechas, sin haber influido directa ni indirectamente en su construccion.

39 Por mas que he reflexionado en este punto solo encuentro dos razones por las que se pueda pretender que el sucesor en el mayorazgo satisfaga las mejoras que hizo su antecesor; pero á la verdad son tan débiles, que me causa admiracion haya quien pueda fundar en ellas esta estraña opinion.

40 Estas razones ó fundamentos se reducen á que el sucesor en el mayorazgo disfruta las rentas de él, y á precaver los perjuicios que habian de esperimentar la muger é hijos del que hizo las mejoras en su parte de gananciales y en sus legítimas, si no se les abonaba el importe de ellas.

41 En cuanto al primer fundamento digo que si el sucesor en el mayorazgo percibe las rentas de él, su antecesor tambien las percibió, y acaso por mas tiempo que el sucesor, y habiendo los dos disfrutado de las rentas del mayorazgo no hallo razon por qué se haya de gravar al sucesor con la satisfaccion del valor de las mejoras, en que ningun influjo tuvo para reintegrar de él al que voluntariamente las practicó.

42 Por lo que hace al segundo fundamento no puede ocurrir á nadie la menor duda de que los mismos perjuicios que se intentan resarcir á la muger é hijos del que ejecutó las mejoras se causa á la muger é hijos del sucesor, y en este caso pregunto: si la ley es injusta porque causa estos perjuicios á la muger é hijos de quien practicó las mejoras, ¿por qué no ha de ser tambien injusta la opinion que carga iguales perjuicios á la muger é hijos del sucesor? Con la diferencia que el que ejecutó las mejoras se espuso voluntariamente á causarlos á su muger é hijos, y su sucesor en nada contribuyó para esponer á su muger é hijos á tener que sufrir la menor diminucion en sus gananciales y legítimas.

43 Aun cuando el sucesor hubiera disfrutado por tiempo suficiente el mayorazgo para percibir con los frutos de las mejoras su primitivo valor, no estaba obligado á satisfacer cosa alguna á la muger é hijos del antecesor, porque como se ha dicho repetidas veces, las mejoras no son en realidad bienes del sucesor, sino del mayorazgo, y de consiguiente no está obligado á pagar de sus propios bienes, cuales son las rentas del mayorazgo todo el tiempo que lo posee, el valor ó importe de las mejoras, que no son bienes suyos de libre disposicion, sino del mayorazgo, en virtud de la agregacion que hace la ley.

44 Es ocioso detenernos á impugnar la razon de decidir que segun Avendaño y otros autores suponen tuvo la ley, pues en realidad no fue otra que el impedir que con motivo de reintegrarse del valor de las mejoras se distrajesen y enagenasen los bienes vinculados, en cuya suposicion era preciso, ó que perdiese su importe el que hizo las mejoras, ó el sucesor en el mayorazgo, y en este conflicto no pudo ser mas acertada y justa la resolucion de la ley en gravar al que las hizo, y no á su sucesor, porque todos los inconvenientes y perjuicios que esperimenten la muger é hijos del poseedor se verificarian en la muger é hi-

jos del sucesor, y mas justo es que sufran el daño la muger y herederos del que voluntariamente se espuso á padecerlo, que no la muger y herederos del que ninguna parte tuvo en él.

45 Demostrada la equidad y justicia de la resolucion de la presente ley, paso á confirmarla con otras razones no menos eficaces.

46 Si el fundador de un mayorazgo prescindiendo de la disposicion de la ley de Toro, ó antes de su establecimiento ordenara espresamente que las mejoras que se hicieran en los bienes que vinculaba no las pudiera sacar el autor de ellas, ni sus hijos y muger, ¿podria pretenderse que esta cláusula era injusta é inicua, y que no debia tener ejecucion? Bien sabido es que no puede nadie ignorar que al testador en los bienes de libre disposicion le es permitido poner cualquiera condicion, con tal que no sea torpe ó contra las buenas costumbres.

47 Pues si al fundador de un mayorazgo le es lícito establecer dicha condicion, ¿por qué se ha de dudar que el Príncipe pueda ordenar lo mismo en virtud de una ley?

48 No pretendo manifestar con esto que cualquiera condicion puesta por un fundador sea conveniente y lícito establecerla por ley general; pero en el caso de la presente disputa, tan justa es la disposicion general de la ley como la del fundador particular, pues ni en una ni en otra se precisa al poseedor á mejorar los bienes vinculados, antes bien se le advierte que si voluntariamente lo ejecuta no debe esperar resarcimiento.

49 Que las leyes preventivas no traigan consigo la menor nota de injusticia lo persuade la ley que priva al poseedor de mala fé de las mejoras útiles ó de lujo hechas en fundo ageno, cuya ley, establecida por el derecho civil, se halla aprobada y confirmada por nuestro derecho real de las partidas en la ley 42, tít. 28, partida 3.ª, y seguida inconcusamente por los tribunales; pues ahora bien, si esta ley ha podido establecer lícitamente y sin la menor nota de injusticia que las mejoras hechas en fundo ageno con conocimiento de que lo es, las pierda el que las hizo, ¿por qué nuestra ley se ha de reputar por injusta, porque ordena que las mejoras hechas en bienes vinculados con conocimiento de que lo estan las pierda el que las egecutó? Si la mala fé ó el conocimiento de que el fundo es ageno se tiene por justa causa en el primer caso para privar de las mejoras al que las hizo, ¿por qué no se ha de tener tambien en el segundo caso por justa la mala fé ó el conocimiento de que hace las mejoras en bienes vinculados, que le está prohibido por la ley sacarlas, para privarlo de ellas?

50 Si se pretende responder á esta paridad, que en el primer caso el que edifica, por ejemplo, en suelo ageno con conocimiento de que lo es, se constituye poseedor de mala fé, pero en el segundo al que posee el mayorazgo no puede atribuírsele este vicio ó cualidad, digo que la paridad no estriba ó consiste en que los dos sean poseedores de mala fé, sino en que asi como el primero es poseedor de mala fé, el segundo es obrador de mala fé, y asi como el primero se constituye en mala fé por el conocimiento de que el fundo en que edifica es ageno, del mismo modo se debe constituir en mala fé el que edifica en bienes de mayorazgo con conocimiento de que lo son, y de que no puede disponer de ellas á su libertad.

51 La ley que priva al poseedor de mala fé de las mejoras hechas en fundo ageno no se funda en que sea poseedor del fundo, sino en el conocimiento que tiene de que es ageno para no edificar en él, y asi si uno que no estuviera en posesion del fundo hiciese en él mejoras sabiendo que era ageno las perderia igualmente, aunque en realidad no tuviera la posesion de él, porque presume la ley que el que obra con este conocimiento quiere ceder al dueño del fundo las mejoras que en él hizo, ¿pues por qué no se ha de presumir la misma cesion en el caso de nuestra ley en el que obra con conocimiento de su disposicion y de que los bienes son vinculados?

52 El poseedor de un mayorazgo que sin justa causa ni real permiso enagena los bienes vinculados, ¿podrá dudarse que obra de mala fé, y de consiguiente que es vendedor doloso, aunque sea verdadero y legítimo poseedor de los bienes? ¿pues por qué se ha de poner en duda que el poseedor de un mayorazgo que edifica en su suelo con conocimiento de que la ley le prohibe el repetir las mejoras, es obrador de mala fe y debe perder el valor de ellas?

53 Demostrada ya la justicia de esta ley, no solo para su establecimiento, sino

tambien para su debida observancia despues de establecida, pasaré á hacerme cargo de los perjuicios que suponen, los que claman contra ella, se siguen de la misma á la muger é hijos del que hizo las mejoras en sus bienes gananciales y en sus legítimas.

54 Es constante que por la ley real 5.ª, tít. 9.º, lib. 5.º de la Recopilacion se le concede al marido la libre disposicion de los bienes ganados ó multiplicados durante el matrimonio, sin necesidad de licencia ú otorgamiento de su muger, y que solo podrá esta revocar y anular la enagenacion de dichos bienes si hiciere constar que se habia ejecutado por defraudarla ó damnificarla; con que siempre que el marido enagene ó invierta los gananciales en algunos fines que no induzcan y traigan consigo la sospecha de que aquellos gastos los ejecuta con el fin siniestro de perjudicar á su muger, no deberá reputarse por fraudulenta la enagenacion.

55 Sentada esta doctrina parece fuera de toda duda que siempre que el marido ejecute en los bienes vinculados unas mejoras de aquellas, por ejemplo, que son de mayor valor y utilidad que lo que se ha gastado en ellas, como si edificára meson, venta, molino harinero ó de aceite, no puede presumirse intervino dolo, ni ánimo de defraudar á su muger, y de consiguiente no tendrá esta accion para reclamar la enagenacion y repetir perjuicios contra su marido, aun en virtud de la ley que se acaba de citar, porque el producto de las mejoras cede en beneficio del matrimonio, y el marido ha obrado como un solícito, diligente é industrioso padre de familia.

56 Si aun prescindiendo de lo dispuesto en la ley de Toro, y estándose únicamente á lo que ordena la ley 5.ª citada, no tiene facultad la muger para reclamar las enagenaciones que haga el marido de los bienes gananciales, á no ser que se descubra un ánimo directo de defraudarla en el valor de ellos, ¿cómo podrá pretenderse que por el mero hecho de hacer mejoras el marido en los bienes vinculados nace contra él la presuncion de querer perjudicar á su muger?

57 El que esta no perciba en realidad tanto del producto de las mejoras, como importó la mitad del capital que se invirtió en ellas, no arguye en el marido ánimo de perjudicarla, á la manera que si hubiese puesto los bienes gananciales al fondo perdido, y á pocos años ó meses hubiera faltado la persona en cuya cabeza los puso, no se imputaria á dolo del marido esta casualidad.

58 En suma, atendido el sentido literal y espreso de dicha ley 5.ª, no basta para contravenir á su disposicion el que la muger reciba perjuicio de la enagenacion de los bienes gananciales, sino á mas se requiere que el marido la ejecute con el fin y ánimo de defraudarla.

59 Pasemos á contraernos mas directamente al caso de que el marido invierta los bienes gananciales en mejoras de bienes vinculados: estas mejoras ó las hace con ánimo de defraudar á su muger ó no: si se dice lo primero, se ha de volver á distinguir si el marido tiene bienes con que reintegrar á su muger del perjuicio que le intenta causar, ó carece de ellos: en el primer caso ningun perjuicio se le sigue á la muger de que la ley exima al sucesor del mayorazgo de satisfacer á la muger de su antecesor el valor de las mejoras ejecutadas en los bienes vinculados, porque en este caso deberá reintegrarse la muger de los bienes de su marido.

60 En el segundo caso de carecer de bienes no puede pretender la muger que se le conceda una accion mas eficaz para recobrar su parte de gananciales, que las que le competiria si el marido hubiera hecho las mejoras en cualquiera otro fundo que no fuera vinculado, y el dueño de él tan pobre, que no pudiese pagar el valor de las mejoras, aunque quisiese vender todo lo que tenia, en cuyo caso no está obligado á satisfacerlas, como espresamente lo ordena la ley 38, ff. *de rei vind.*, y la 25 *de pign. act.*, cuya disposicion la confirma y aprueba la ley 41, tít. 28, partida 3.ª por estas palabras: mas si por aventura el señor de la heredad que la venciere en juicio fuese tan pobre, que no pudiese pagar al otro las despensas que í obiese fecho nuevamente, maguer quisiese vender todo cuanto habia, decimos que estonce no seria tenudo de las pagar.

61 Se ha dicho que no puede la muger pretender mas en un caso que en otro porque siendo los bienes de mayorazgo inagenables por disposicion del fundador, equivale esta prohibicion de enagenar al caso de la pobreza del dueño del fundo para satisfacer el valor de las mejoras, pues lo mismo es no poder enagenar una cosa para sa-

tisfacer un crédito, que no tener bienes para pagarlo.

62 Si las mejoras no las ha hecho el marido con ánimo de defraudar á su muger, en ninguna manera puede esta repetir contra él, y mucho menos contra el mayorazgo para conseguir su importe, segun la citada ley 5.ª, tít. 9.ª, lib. 5.º de la Recopilacion, en la que espresamente ordena que el marido pueda disponer libremente de los bienes gananciales, con tal que la enagenacion que haga de ellos no sea con ánimo de defraudar á su muger; y aunque opinan con variedad los autores acerca de la facultad de enagenar que le concede la ley, diciendo unos que esta se estiende hasta poder enagenar por título lucrativo ó de donacion, como espresamente lo sostienen entre otros Antonio Gomez en la ley 51 de Toro, número 73 y 74, y Acevedo en dicha ley 5.ª, tít. 9.º, lib. 5.º de la Recopilacion, números 8.º y 9.º, y otros por el contrario defienden que la enagenacion que se le permite al marido es por título oneroso, y nunca por medio de donacion, como lo intenta persuadir Tello Fernandez en la ley 19 de Toro, número 3.º y siguientes, y tambien Ayora *de partitionibus* en la parte 2.ª, question 41, número 56 y siguientes, pues aunque al principio se inclina por la opinion de Gomez, manifestando que no tiene razon Tello para impugnar su doctrina, luego viene á confesar que si por la donacion que ha hecho el marido de los bienes gananciales resulta que no le queda en su patrimonio con que resarcir á la muger de la parte de gananciales que la enagenó, podrá esta repetir contra el donatario, aunque el marido haya hecho la donacion con buena fé y sin ánimo de defraudar á su muger.

63 Aun cuando en esta diversidad de dictámenes nos apartemos de la opinion de Antonio Gomez, que en mi concepto es la mas conforme al sentido literal de la ley, nunca podrá decirse que las mejoras útiles que haga el marido en los bienes vinculados equivalen á una enagenacion hecha por título lucrativo, porque de las mejoras útiles siempre resulta alguna útilidad y provecho al poseedor del fundo mejorado, y siéndolo el mismo mejorante y su muger, de necesidad han de participar del beneficio de las mejoras, lo que no sucede en el caso de la donacion.

64 Si las mejoras que hiciera el marido en los bienes vinculados fueran de lujo ó de recreacion, seguramente no podria la muger conseguir la parte de gananciales que se invirtió en ellas, cuando el marido no tuviera bienes con que satisfacerlas, y si eran de tal calidad que no se pudieran separar de donde se habian unido, no cabe la menor duda que tanto por derecho real, como civil ó comun, no le competia accion ni escepcion alguna con que podia reintegrarse de su valor, sin embargo de que sufria este perjuicio la muger en sus bienes gananciales, pues si en este caso puede la ley, sin nota de injusticia, privar á la muger de la repeticion de sus gananciales, ¿por qué se ha de tener por injusta la ley de Toro que establece igual privacion contra la muger en cualquier caso que el marido haga mejoras en los bienes vinculados, bien sean necesarias, útiles ó de lujo ó adorno?

65 Si se dice que la diferencia de esto consiste en que de las mejoras de lujo ninguna utilidad resulta al dueño del fundo, pero sí de las útiles y necesarias, y por lo tanto no es de estrañar que se abonen estas al que las hizo, y no las primeras, se satisface diciendo que tanto en un caso como en otro falta quien pueda satisfacer el valor de las mejoras hechas en los bienes vinculados, porque el sucesor en el mayorazgo no tiene esta obligacion por las razones que se han espuesto arriba, y de los mismos bienes vinculados tampoco es permitida su deduccion, por hallarse prohibido por el fundador el que puedan enagenar los bienes vinculados.

66 La deduccion de las mejoras se funda en el principio natural, que no permite que uno se lucre y haga grangería con pérdida de otros, segun la ley 207, ff. *de regulis juris*, y como el poseedor de los bienes vinculados en realidad no adquiere las mejoras con una facultad de poder disponer libremente de ellas, de aqui es que la ley de Toro, acomodando este principio del derecho comun y natural á la condicion y naturaleza de los bienes vinculados, que sucesivamente pasan de unos en otros sin facultad, ni de enagenarlos, ni de invertir el órden de la sucesion establecido por el fundador, dispuso que las mejoras que se hiciesen en estos bienes no se dedujesen por el que las hizo, cuya disposicion no fue contraria á lo dispuesto por el derecho comun que ordenaba la deduccion de las me-

joras, suponiendo que se hacian del dueño del fundo, sino nueva y *preter jus* para un caso en que no habia dispuesto nada el derecho comun, por no conocerse aun entonces los mayorazgos, y asi todos los argumentos que se forman contra esta ley sacados del derecho comun claudican en su principio.

67 Fundados algunos en la ley 58, ff. *de legatis* 1.º, que dispone que las cosas hereditarias que se hallen gravadas con fideicomiso despues de la muerte del heredero, si se queman, y este las reedifica á su costa, debe percibir del fideicomiso los gastos ó mejoras de la reedificacion, pretenden que el derecho romano concedió la deduccion de mejoras hechas en los bienes vinculados ó de fideicomiso; pero se engañan porque en esta ley no se trata de un fideicomiso perpétuo, como el de los mayorazgos, sino de primer grado, por el cual adquiere los bienes el fideicomisario con libre facultad de disponer de ellos, y de consiguiente hace suyas las mejoras, y por lo tanto debe resarcir su importe para no lucrarse con perjuicio ageno.

68 Comentando esta ley Cujacio dice que el concederle al heredero el sacar el importe de la construccion de las casas es porque se quemaron sin culpa del heredero, y en este caso cumplia con haberlas dejado en el estado á que las habia reducido el incendio; pero si pendiente la condicion del fideicomiso ó legado hubiera hecho el heredero algunas mejoras necesarias en las casas para su conservacion, no podria sacar el importe de ellas, ni pedírselo al legatario ó fideicomisario, y se funda en que el heredero, supuesto que entre tanto que se verifica la condicion del legado ó fideicomiso goza y se utiliza del producto de las casas, debe sufrir sus cargas para entregarlas en el mismo estado que las recibió.

69 Por fundamento de esta doctrina cita la ley 61, *eod. tit.*, que dice asi: *sumptus autem in reficienda domo necessarios à legatario factos petenti ei legatum, cujus postea conditio extitit, non esse reputandos existimavi.* Dice Cujacio que esta ley y la 58 son tomadas de un mismo libro, y que en la primera se habla de las mejoras de la reedificacion, las que debe satisfacer el legatario, y en la segunda de las de reparacion necesaria, las que no debe cobrar el heredero, estableciendo Papiniano esta diferencia entre dichas mejoras, y para mayor claridad de la ley 61 varía su letra Cujacio, y dice, que en lugar de estas palabras: *sumptus autem in reficienda domo necessarios à legatario factos*, se han de sustituir estas, *ab herede in reficienda domo legata necessario factos.*

70 De esta doctrina de Cujacio, fundada en las dos citadas leyes de Papiniano, se forma un argumento no poco eficaz en apoyo de la disposicion de la ley de Toro: no menos utiliza los frutos ó productos de los edificios vinculados el poseedor de ellos durante su vida, que el heredero los frutos de las casas legadas interin no se verifica la condicion del legado: es asi que por esta razon opina Cujacio, fundado en el parecer de Papiniano, que el heredero no debe repetir del legatario el importe de las mejoras necesarias ó de reparacion hechas en las casas ó edificios legados, con que por igual razon no debe repetir el poseedor del mayorazgo de su sucesor las mejoras necesarias que hubiese ejecutado en los edificios vinculados.

71 Como la presente ley únicamente habla de los castillos, muros y casas de mayorazgo, dudan los autores si su disposicion deberá estenderse á las demas clases de mejoras que no consistan en edificios, como por ejemplo, si en los bienes vinculados se plantasen muchos árboles que aumentasen considerablemente su producto, ó se hiciesen de regadío, siendo antes de secano.

72 El señor Molina en el lugar citado, número 16, afirma que esta ley no se debe limitar á los casos de que habla, porque su disposicion obra en todos los demas en que milita la misma razon, y de aqui infiere que los casos de que en ellas se hace espresa mencion no se han puesto para restringirla ni limitarla, sino por ser los que con mas frecuencia ocurren en la práctica, y asegura que segun esta opinion se han decidido las causas en los tribunales superiores, como le habian informado, y añade que seria un grande absurdo que la ley privara de repetir la estimacion de las mejoras que se hacen en reparar las casas, castillos y muros, cuyas mejoras por lo comun son necesarias, y que la misma ley concediera la repeticion de las que se hacen en edificios voluntarios, y acaso supérfluos.

73 De la misma opinion es el señor Castillo en el citado lib. 5.º, cap. 65, número 88, donde cita á otros varios autores

que siguen la misma opinion, siendo uno de ellos el mismo Palacios Ruvios, que con tanto empeño procuró impedir la formacion de esta ley.

74 Gutierrez en el libro 2.º de sus cuestiones prácticas, cuestion 82, número 3.º, quiere que la disposicion de esta ley precisamente se limite á los casos de que habla, conformándose en esto con Mieres en la parte 1.ª, cuestion 10, número 18 y siguientes, y con otros varios que omito referir é impugnar en particular, porque habiendo demostrado ya arriba que el valor ó estimacion de las mejoras hechas en casas de mayorazgos, fortalezas ó muros no las debe satisfacer, ni el mayorazgo, ni el sucesor del poseedor que hizo las mejoras, porque se verificarian en la muger é hijos del sucesor los mismos inconvenientes que se intentan evitar á la muger é hijos del mejorante, y obrando igual razon en todas las demas mejoras que se hacen en los bienes de mayorazgo, aunque no sean en edificios, es claro y fuera de toda duda que tambien deben estar privados la muger é hijos del que las hizo de sacar el valor ó estimacion de ellas.

75 De lo dicho se infiere cuán voluntaria é impertinente y ociosa es la cuestion que suscita Mieres en la parte 4.ª, cuestion 33, número 13, de si por hablar la ley de las mejoras que se hacen en casas de mayorazgos podrá tener lugar su disposicion en las demas casas que son de mayorazgo, pero no estan en la clase de principales para la habitacion del poseedor y su familia.

76 Burgos de Paz el jóven refiere que abogados famosos sostuvieron en pró y en contra esta opinion, y él mismo dice que no se atreve á resolverla, lo que presta un claro convencimiento de los desbarros en que incurre el entendimiento humano cuando se separa de los principios sobre que ha de fundar sus discursos llevado del deseo de sutilizar y singularizarse.

77 Si la ley espresamente habla de casas de mayorazgos, y gozan de esta cualidad tanto las menos principales como las principales, ¿por dónde se ha de inferir que quiso hacer diferencia entre ellas?

78 Si no hay razon alguna para que el sucesor satisfaga las mejoras hechas por su antecesor en bienes vinculados, ¿por qué causa ó motivo habia de abonar las que se hacen en las casas menos principales estando exento de satisfacer las que se causan en las casas principales?

79 Gutierrez en la cuestion 83 del libro citado, despues de referir la opinion de Mieres y la irresolucion de Burgos de Paz, se determina en el número 2.º á resolver esta dudosa y dificil cuestion, y por fortuna elige la opinion que iguala las casas menos principales con las que sirven de habitacion á la familia del poseedor.

80 Velazquez de Avendaño en la glosa 6.ª á esta ley, despues de referir las opiniones de varios autores acerca de la inteligencia de la ley, reconoce por justa su resolucion, y dice que debe tener lugar aun cuando el poseedor del mayorazgo gaste ó consuma grandes cantidades en edificar, y que debe observarse su resolucion en el caso de que el edificio se haga de nuevo, y en el de que las casas que se construyan ó reparen no sean las principales, sino otras inferiores con el fin de alquilarlas. Que lo mismo debe decirse en los huertos que se construyan contiguos á las casas de mayorazgo, y finalmente en todo cualquiera aumento que se haga por industria en bienes vinculados.

81 Despues de haber hecho una esplicacion tan específica, propia y arreglada á la decision de la ley, propone la limitacion de que lo dicho no se ha de entender cuando las mejoras ó aumentos hechos en los bienes de mayorazgos son de tal condicion que produzcan cuantiosos réditos para los sucesores, como por ejemplo, si en suelo de mayorazgo edificó casas para alquilar, ó plantó viñas y olivares, ó edificó algun molino, porque en dichos casos como el sucesor percibe tan cuantiosas utilidades es justo que satisfaga á la muger é hijos del antecesor la mitad del valor de dichas mejoras, porque en realidad no se puede decir que las paga de su caudal, ni el mayorazgo se disminuye ni estingue con semejante abono ó resarcimiento, porque este se hace de los réditos de los edificios ó mejoras, y de lo contrario se seguiria que el sucesor se enriquecia con perjuicio y daño de la muger é hijos del antecesor.

82 Apoya esta doctrina en la razon de decidir de la ley que le dan casi todos los comentadores, segun dice, la cual suponen es porque de satisfacer la mitad de las espensas, á poco tiempo se consumirian los bienes vinculados, y los sucesores en los mayorazgos quedarian gravados en satisfa-

cer las grandes espensas de sus antecesores, de que infieren que siempre que el abono de las espensas pueda verificarse sin disminucion de los bienes del mayorazgo y sin perjuicio de los sucesores hay obligacion á satisfacerlo, y como en el caso presente los edificios son fructíferos debe hacerse el resarcimiento de sus frutos, en lo que ningun perjuicio resulta á los bienes del mayorazgo ni á su sucesor.

83 Tambien funda esta esposicion en que la decision de la ley habla de unos edificios infructíferos, como son los castillos, cercas y casas principales de mayorazgos, y de consiguiente la estension que se haga de ella ha de ser á casos semejantes, y entonces no es de estrañar que los sucesores que nada perciben no esten obligados á satisfacer el valor de los edificios á la muger y herederos del antecesor.

84 La escepcion ó limitacion que pone Avendaño á la decision de la ley, y la doctrina en que la apoya, es opuesta y contraria á los principios que antes habia establecido, y destituida de todo apoyo legal.

85 Sin embargo de que la ley habla espresamente de reparacion de fortalezas y casas de mayorazgo, estiende Avendaño su resolucion á las casas que se fabriquen de nuevo, y á los huertos contiguos á ellas, ¿pues por qué no ha de estender su resolucion á todos los edificios y demas mejoras que se hagan en bienes de mayorazgo, sean de mucha ó poca utilidad.

86 No es la poca utilidad ó producto de las mejoras lo que dió motivo á la resolucion de la ley, sino el hacerse en bienes de mayorazgo, que solo temporalmente son del dominio del que los posee sin facultad de disponer libremente de ellos.

87 Tampoco es cierto que en el caso que propone Avendaño no sentiria perjuicio el sucesor en el mayorazgo de satisfacer á la muger y herederos del antecesor el valor de las mejoras, porque lo haria con los frutos que producian los mismos, porque es constante que cuanto hubiera de satisfacer tendrian de menos su muger y herederos.

88 Se dice contra esto que el sucesor no lograria este aumento de frutos y utilidades sin las mejoras de su antecesor, y por lo tanto no parece justo que se lucre de ellos con perjuicio de la muger y herederos del que las hizo, á que se debe responder en primer lugar que el antecesor sabia ó debia saber la disposicion de la ley, y de consiguiente voluntariamente se sujetó á ella haciendo las mejoras. En segundo lugar, ó el poseedor que hizo las mejoras disfrutó las utilidades de ellas, ó no; si se dice lo primero no se verifica que haya recibido menoscabo en sus bienes con lo que invirtió en ellas, pues se reintegró con sus productos, y si por que el sucesor los percibe se estima justo que se satisfaga el importe de las mejoras, por igual razon si el que las hizo se reintegró de su valor con el producto de ellas no debe pretender que el sucesor del mayorazgo abone á su muger y herederos la estimacion de ellas, porque de este modo tan lejos estaba de empobrecerse el que las hizo que antes bien se verificaba aumentar su patrimonio en el valor de las mejoras si se las satisfaciese el sucesor.

89 Si no disfrutó de las utilidades de las mejoras debe imputarlo á su mala suerte, y no pretender del sucesor su reintegro, pues tampoco tiene seguridad el sucesor de disfrutar por mas largo tiempo las utilidades de las mejoras.

90 Recientemente ha impugnado la disposicion de esta ley, aunque de paso, el señor don Gaspar de Jovellanos en el informe de la sociedad económica de la corte al real y supremo Consejo de Castilla en el espediente de la ley Agraria, estendido por dicho señor, al folio 76 número 221, en donde dice asi: "Por último, señor, parece indispensable derogar la ley de Toro que prohibe á los hijos y herederos del sucesor del mayorazgo la deduccion de las mejoras hechas en él.

91 „Esta ley, formada precipitadamente y sin el debido consejo, como testifica el señor Palacios Ruvios, y mas funesta por la estension que le dió la ignorancia de los letrados, que por su disposicion, no debe existir en un tiempo en que V. A. trata tan de propósito de purgar los vicios de nuestra legislacion." Y á continuacion le atribuye el ser perjudicial al cultivo, porque distrae de sus mejoras el cuidado de muchos buenos y diligentes padres de familias, ó la reputa por inhumana ó funesta respecto de aquellos que á la sombra de la autoridad sacrifican á un vano orgullo los sentimientos de la naturaleza, y á trueque de engrandecerse un hombre condena á su posteridad al desamparo y á la miseria.

92 Este sábio ministro tiene por indispensable la derogacion de esta ley por las razones que deja insinuadas, suponiendo que se formó precipitadamente, y sin el debido consejo, como lo testifica el señor Palacios Ruvios, quien en su Comentario á dicha ley no pone la menor espresion alusiva á la precipitacion que supone, y mucho menos á la falta de consejo, á no ser que se quiera llamar con este nombre la opinion contraria á la suya, pues únicamente dice que clamó contra la formacion de esta ley cuanto pudo, pero no fue oido, porque uno de sus compañeros casi contra todos los demas sostuvo y defendió esta ley sin manifestar la razon que le movia á ello, aunque en público no pudo satisfacer á los inconvenientes que de ella se seguian, ni responder á las objeciones que se le propusieron; lo que ciertamente no se hace creible, porque en un cuerpo colegial como lo fue el congreso de los letrados que se tuvo para la formacion de las leyes de Toro, y en cualquiera otro siempre prevalece el dictámen de la mayor parte.

93 Supone el señor Jovellanos que la disposicion de esta ley impide y estorba que los poseedores de bienes vinculados ejerzan su cuidado é industria en mejorarlos por no poder sacar el valor de las mejoras que hagan, sin reparar que las mejoras que provienen de las plantaciones de árboles, ó de dar riego á las tierras de secano, que son las mas dispendiosas, á pocos años reintegran al poseedor de los gastos y caudales invertidos en ellas.

94 En cuanto al otro estremo en que dice incurren los poseedores de bienes vinculados de sacrificar á un vano orgullo los sentimientos de la naturaleza, y á trueque de engrandecer su nombre, condenan su posteridad al desamparo y á la miseria, confieso francamente que el énfasis de esta cláusula se dirige contra aquellos que viven en un total olvido y descuido del cultivo de sus posesiones, entregados al ocio, lujo y vanidad, ó habla de los que por engrandecer su casa invierten todas sus rentas, ó la mayor parte de ellas, en hacer suntuosos edificios y casas en los bienes vinculados; si conspira á lo primero, el mal no proviene de la disposicion de la ley, que prohibe sacar el valor de las mejoras hechas en bienes vinculados, sino de la vinculacion de los mismos, que no faltaria aunque se derogase la presente ley: si lo segundo las mejoras de suntuosos edificios, con que se fomenta el orgullo y la vanidad, no son ni necesarias ni útiles, y de consiguiente aun cuando no existiese la presente ley, no deberian sacar su importe los que voluntariamente las ejecutaron, como así se halla dispuesto tanto por derecho comun como por el real de las partidas, por ser estas espensas en cierto modo mas bien para placer y recreo que para utilidad; y si estando ciertos los que hacen estos gastos escesivos y ruinosos que han de perder el valor de ellos no se contienen en ejecutarlos, ¿era de esperar se abstuviesen de hacerlo sabiendo que se les habian de abonar á sus herederos? Y en este caso suponiendo que el poseedor de los bienes vinculados disipe sus rentas en construir magníficos edificios, ¿no dicta la razon y la justicia que este perjuicio recaiga y lo sufra mas bien la herencia del que los hizo que no el sucesor en el mayorazgo, que ninguna parte tuvo en ellos?

95 Pero supóngase que debiera abonarse el valor de estas mejoras á los hijos ó herederos del que las hizo; ¿quién deberia satisfacerlas; los bienes del mayorazgo, ó el sucesor del mismo? Si se dice lo primero, se contraviene espresa y terminantemente á la voluntad del fundador, que quiso que sus bienes fueran inagenables, y que no salieran de los llamamientos que dejó dispuestos y ordenados, siendo cosa bien estraña y agena de razon que para evitar que la vanidad, el capricho y falta de juicio de un poseedor cause perjuicio á sus hijos ó herederos se haya de destruir y echar por tierra una cosa tan sagrada y respetable como las últimas voluntades de los testadores.

96 Si lo segundo se incurre en el inconveniente, tantas veces ya notado arriba, de perjudicar á los hijos ó herederos del moderado sucesor por atender á los del imprudente antecesor.

97 Con mas vehemencia y energía declama aun el señor Jovellanos contra la ley de Toro en la nota que pone al fin de la llana, en la que dice así: "Esta ley, que los jurisconsultos llaman á boca llena injusta y bárbara, lo es mucho mas por la estension que los pragmáticos le dieron en sus Comentarios. Bien entendida se reduce á las reparaciones hechas en edificios urbanos, y ellos la estendieron á toda especie de mejoramientos. Cuanto mas se lee me-

nos se puede atinar con las razones que pudieron dictar semejante ley. ¿Será creible que cuando ya no era lícito á los particulares construir castillos y casas fuertes, cuando se prohibía espresamente reparar los que caminaban á su ruina, cuando se mandaban arruinar los que poseían los señores, cuando en fin el gobierno luchaba por arrancar á la nobleza estos baluartes del despotismo feudal donde se abrigaban la insubordinacion y el menosprecio de la justicia y de las leyes, será creible que entonces se mayorazgasen las ampliaciones y mejoras hechas por los particulares en sus castillos y fortalezas? Infiérase de aquí cuán lejos estaban por aquel tiempo los buenos principios políticos de las cabezas jurisperitas." Hasta aquí la nota.

98 Supone este erudito y elocuente escritor que los jurisconsultos llaman á boca llena bárbara á la ley de Toro, cuyo dictado no parece se lo niega él mismo cuando afirma que lo es mucho mas por la estension que los pragmáticos le dieron en sus comentarios.

99 Confieso francamente que en los varios autores que he reconocido para escribir en esta materia no he hallado uno que atribuya tan honroso epiteto á la ley de Toro, la que dice que bien entendida se reduce á las reparaciones hechas en edificios urbanos, y que es absurdo haberla estendido á toda especie de mejoramientos; pero si la misma razon que obra en los edificios urbanos milita en los demas mejoramientos, ¿por qué la estension de la ley á ellos se ha de tener por absurda y bárbara, y no por legal y arreglada á derecho?

100 El señor Molina en el lib. 3.º *de primogenitis*, capít. 5.º, número 7.º, afirma que siempre que milita la misma razon de la ley en el caso omitido, que en el espreso, la estension que se hace al primero, no tanto se debe llamar estension como comprension, y lo mismo dice el señor Sesé en la decision 254, número 31; pero si se desprecia la autoridad de estos sábios jurisconsultos por ser del número de los pragmáticos, no creo se desprecie la del Baron de Puffendorf, el que en el lib. 5.º, cap. 12 de su célebre obra del Derecho natural, en el §. 18 espresamente resuelve que siempre que haya seguridad de que la razon que conviene al caso de que se disputa sea la misma que movió al legislador á establecer la ley, corresponde estender su decision del caso espreso al omitido, y en comprobacion pone por ejemplo una ley del exodo, que se halla en el capítulo 21, versículo 23, en la que se ordena que si alguno deja sin tapar una cisterna que haya abierto, y algun búfalo ó burro cae y se desgracia en ella, debe pagar al dueño de la bestia la estimacion de ella, de cuya ley infiere que lo mismo que de la cisterna y del búfalo y del asno se debe decir de cualquier oya ó animal que caiga en ella, porque la razon es la misma.

101 Que la misma idéntica razon que tuvo la ley para fijar su resolucion en los edificios urbanos milite en las demas especies de mejoramientos se hace demostrable, si se reflexiona á lo que dejamos espuesto arriba de que la razon que tuvo la ley para su decision fue el precaver la enagenacion de los bienes vinculados, y el que el sucesor en ellos no quedase obligado á satisfacer la estimacion de unas mejoras que se habian hecho sin su aprobacion, y de las que no podia disponer libremente en favor de sus herederos.

102 Supuesto que para juzgar de si la estension que se hace de una ley al caso no espreso en ella nace del conocimiento de la razon que tuvo el legislador para establecerla, mal podria el señor Jovellanos asegurar que la estension que los pragmáticos le dieron en sus comentarios fue injusta y bárbara, porque él mismo confiesa paladinamente que cuanto mas se lee menos se puede atinar con las razones que pudieron dictar semejante ley.

103 Deberá, pues, el señor Jovellanos señalar y determinar la razon que movió al legislador para la formacion de esta ley, ó abstenerse de motejar de injusta y bárbara la estension que la han dado los pragmáticos en sus comentarios.

104 Supuesta la razon que repetidas veces he insinuado que tuvo el legislador para la formacion de esta ley, es facil de inferir y comprender cuál fue la causa de hacerse en ella mencion de los edificios urbanos mas costosos, y menos útiles que las otras especies de mejoramientos, y privando la ley al poseedor de repetir la estimacion de unas mejoras que valian mas, y le habian producido menos, con mayor razon debia privarle tambien de sacar el valor de las mejoras que valian menos y le habian producido mas en el tiempo que disfrutó los bienes vinculados.

105 Prosigue el señor Jovellanos haciendo enérgicas y elocuentes interrogaciones para persuadir la inconexion, ó por mejor decir la contradiccion y oposicion que se encontraba entre la resolucion de esta ley y las máximas políticas que en aquellos tiempos tenia adoptadas el gobierno, y para esto supone que entonces no era lícito á los particulares construir castillos y casas fuertes: que se prohibia espresamente reparar los que caminaban á su ruina: que se mandaban arruinar los que poseían los señores: que el gobierno luchaba por arrancar á la nobleza estos baluartes del despotismo feudal, donde se abrigaban la insubordinacion y el menosprecio de la justicia y de las leyes, y que en tales circunstancias era una contradiccion manifiesta el establecer que se mayorazgasen las ampliaciones y mejoras hechas por los particulares en sus castillos y fortalezas: y concluye infiriendo de esto, cuán lejos estaban por aquel tiempo los buenos principios políticos de las cabezas jurisperitas.

106 Si los antecedentes de que saca é infiere el señor Jovellanos la oposicion de la ley á los principios políticos del gobierno fueran como nos los propone, apenas podria encontrarse una contradiccion mas vergonzosa y agena aun de hombres dotados del mas limitado entendimiento.

107 No es cierto que fuese absoluta la prohibicion á los particulares de construir castillos y casas fuertes, porque esta prohibicion se limitaba á los que los construían sin licencia del Soberano, como se dispone en la ley 32, tít. 18, partida 3.ª, por estas palabras: "que no quisiesen otro castillo que aquellos que los Reyes les diesen ó ganasen ó ficiesen de nuevo so su placer ó con su mandado;" y Gregorio Lopez, glosando estas palabras, dice que en España no se pueden hacer castillos de nuevo sin licencia del Rey.

108 Las leyes 7.ª y 8.ª, tít. 7.º, lib. 4.º del ordenamiento real, que es la 1.ª de don Alonso XI y don Enrique II, y la 2.ª de don Enrique IV, solo dispone aquella que los castillos que se hubieren construido sin licencia real, ó se construyesen en adelante sin la misma licencia, sean inmediatamente destruidos, y que cuando alguno pidiere licencia para edificar alguna casa fuerte, no se le conceda sin acuerdo del Consejo, del Rey y de las ciudades y villas de la comarca; y esta ordena y manda derrocar todas las fortalezas que se hubiesen hecho con licencia del Rey ó sin ella desde el año de 1464 hasta el de 74, fecha de la órden, cuyas tres Reales resoluciones se hallan insertas en la ley 8.ª, tít. 5.º, lib. 6.º de la Recopilacion.

109 La ley 10, tít. 16, lib. 8.º del ordenamiento real, que es de los señores Reyes católicos del año 1476, prohibe ó por mejor decir renueva la prohibicion de que se hagan casas fuertes sin especial licencia del Rey, y con acuerdo de los de su Consejo, y si se hiciese lo contrario que sean luego derribadas.

110 Los mismos señores Reyes católicos en la pragmática que hicieron en Sevilla por los años de 1500, en el cap. 22 que se halla en la ley 18, tít. 6.º, lib. 3.º de la Recopilacion, encargan á los corregidores que no consientan que se hagan sin licencia real torres ni casas fuertes en la ciudad ó villa ó tierra que fuere á su cargo en sus términos y jurisdiccion.

11 Si todas las leyes que prohiben que se construyan castillos y casas fuertes limitan su prohibicion al caso que se hagan sin licencia real, es claro que mediando dicha licencia se podian construir por los particulares casas fuertes ó castillos en el suelo de su señorío, pues siendo esto asi, ¿cómo se pretende persuadir que la ley de Toro disponiendo que las mejoras hechas en los castillos ó casas fuertes pertenecientes á mayorazgo queden igualmente mayorazgadas, está en oposicion con las anteriores, y es destructiva de las máximas políticas del gobierno que se observaba al tiempo de su formacion?

112 De que ahora esté prohibido fundar mayorazgos sin licencia real, ¿podrá inferirse que se ha derogado la ley que sujeta al vínculo las mejoras hechas en bienes de mayorazgo? pues ¿por qué se ha de pretender que de prohibirse construir castillos sin licencia del Rey, los que se construyen con ella en bienes vinculados no han de quedar sujetos al vínculo?

113 Aun cuando la ley de Toro no hiciera mencion de las leyes que prohibian la construccion de casas fuertes sin licencia real, debia entenderse su resolucion segun las reglas que se observan en la interpretacion de las leyes, del caso en que las casas fuertes de que habla se edificasen ó reparasen con licencia del Rey, antes que establecer una contradiccion que ni espresa

ni implícitamente se infiere de sus palabras; pero declarándose en términos espresos en la ley de Toro que no era la intencion del Rey dar licencia y facultad para que en virtud de su disposicion y sin licencia real se puedan hacer ó reparar las dichas cercas y fortalezas; mas que sobre esto se guarden las leyes de nuestros reinos, como en ellas se contiene, es cerrar los ojos á la luz y obstinarse en hallar una contradiccion que solo puede existir en una imaginacion acalorada.

114 ¿Sería creible que una prohibicion condicional que envuelve en sí la permision en el caso opuesto se supusiera absoluta? ¿Sería creible que de una ley que hace mencion de las anteriores que tratan del asunto, y que espresamente declara que por ella no quedan derogadas, se intente persuadir que está en contradiccion con ellas? Y esto por un ministro togado no menos conocido por su singular talento é instruccion que por el cúmulo de apreciables prendas que adornan su persona, y en la ocasion, no de una conversacion en que tuviera mas parte el acaso que el designio, y con personas que atendieran mas al modo que á la substancia de las cosas, sino cuando se pone de intento á descubrir abusos y hacerlos presentes para su remedio al Consejo de Castilla, fuente y orígen del derecho español, y fiel depositario de las leyes de la monarquía. Infiérase, pues, de lo que dejo espuesto cuánto mejor las cabezas jurisperitas de aquel tiempo guardaban mas conformidad con los buenos principios políticos en la formacion de las leyes, que la que ahora observan los que hacen empeño de impugnarlas.

115 Estraña mucho el señor Jovellanos que por la ley de Toro se mayorazgasen las mejoras hechas en edificios urbanos de bienes vinculados, y en esta parte la ley nada establece de nuevo, pues en realidad no hace otra cosa que repetir una máxima constante en la jurisprudencia romana, y adoptada inconcusamente en la nuestra.

116 Es bien sabido que siempre que una cosa se junta ó une á una nuestra de tal modo que no pueda existir sin ella, como sugeto recipiente de la misma, se hace del dueño de la primera, á la manera que sucede en la semilla que se siembra en campo ageno, en el árbol que se planta, y en las letras que se escriben en tabla ó papel ageno, y lo mismo sucede en el edificio que se fabrica con buena ó mala fé en suelo de otro, como espresamente se dispone en el §. 29 y 30 de las instituciones del Emperador Justiniano en el título *de rerum divisione*, fundándose este derecho en que asi como naturalmente se tiene por mas escelente aquella cosa que puede existir por sí, y por menos escelente la que no puede existir sin el apoyo de otra, asi por esta razon se ha dispuesto que la principal atraiga á la otra, y el dueño de aquella lo sea de las dos.

117 Nuestro derecho real de las partidas ha seguido la misma regla en todos los casos que dejo especificados, como se puede ver en la ley 38 y siguientes del título 28, partida 3.ª, pues si cuando se edifica en suelo ageno participa de tal modo el edificio de la naturaleza del suelo sobre que estriba, que se hace del mismo dueño, ¿por qué razon el edificio que se construye en suelo vinculado no habia de pertenecer al vínculo á que está afecto el suelo?

118 El edificio que se hace en terreno de la Iglesia nadie duda que contrae la naturaleza de eclesiástico, y que queda sujeto á las mismas condiciones que lo estaba el suelo, y por valerme de un ejemplo peculiar del pais en que escribo, las mejoras de edificios urbanos hechas en bienes amortizados, contraen y participan la naturaleza de tales, pues ¿por qué razon las mejoras hechas en bienes vinculados no habian de quedar sujetas al vínculo?

119 Es, pues, claro que la ley de Toro disponiendo que las fortalezas, cercas de ciudades, villas y lugares de mayorazgo, y los edificios que en adelante se hicieren en casa de mayorazgo sean igualmente de mayorazgo, como lo son, ó fueren las ciudades, villas ó lugares ó casas donde se labraren, no estableció ninguna cosa de nuevo, sino que contrajo y aplicó la doctrina comunmente establecida de que el edificio cede y se reviste de la naturaleza del suelo en que se fabrica á los que se edificaban en bienes de mayorazgo, siendo muy comun asi en nuestras leyes como en las romanas que en algunas se repita lo que ya está establecido en otras, por lo que se debe decir que la ley de Toro solo innovó en la parte en que eximió al sucesor en el mayorazgo á dar parte alguna de la estimacion de los edificios fabricados en bienes de mayorazgo á la muger del que lo hizo, ni á sus hijos ni á sus herederos.

120 Por derecho feudal se halla establecido en el lib. 2.º, tít. 8.º de los feudos, §. 1.º *e contrario*, que si el aumento que recibe el feudo es de tal condicion que no puede existir sin él, como por ejemplo, una servidumbre cede al feudo, y se puede disponer de ella como parte del mismo, y da la razon porque el vasallo puede hacer mejor la condicion del feudo, pero no peor.

121 En el tít. 28 del mismo lib. 2.º, §. *si vasallus*, se ordena que si hiciese algun edificio ó lo mejorase con su dinero, y muriese sin hijo varon, el señor del feudo debe permitir ó que se arranque el edificio ó pagar el valor de él, y lo mismo sucederá si comprase alguna servidumbre, pero concluye con estas notables palabras: *quidam alii dicunt omnino ad dominum pertinere*: de las cuales infiere García en el cap. 10 *de meliorationibus*, número 85, que los aumentos ó mejoras que hace el vasallo en el suelo feudal pertenecen al señor de él, sin que se le deba abonar cosa alguna al que las hizo para quitar por este medio la ocasion de defraudar al señor, impidiéndole que vuelva á recobrar el feudo, multiplicando los gastos hasta en una cantidad tan grande que el señor no la pueda satisfacer, por cuya razon afirma se estableció lo mismo en la ley 46 de Toro, derivando su disposicion de lo ordenado en los feudos.

122 En el libro 1.º, título 4.º de los feudos, §. 5.º *si quis de manso*, se trata de la reserva que hace el vasallo al tiempo de tomar la investidura de adquirir para sí los aumentos, por cuya condicion se manifiesta que siempre que se omite pertenece el aumento al señor del feudo.

123 Aun cuando el sucesor hubiera disfrutado por tiempo suficiente el mayorazgo para percibir con los frutos de las mejoras su primitivo valor, no estaba obligado á satisfacer cosa alguna á la muger é hijos del antecesor, porque como se ha dicho repetidas veces, las mejoras no son en realidad bienes del sucesor, sino del mayorazgo, y de consiguiente no está obligado á pagar de sus propios bienes, cuales son las rentas del mayorazgo todo el tiempo que lo posee, el valor e importe de las mejoras, que no son bienes suyos de libre disposicion, sino del mayorazgo, en virtud de la agregacion que hace la ley.

124 Es ocioso detenernos á impugnar la razon de decidir, que segun Avendaño y otros autores suponen tuvo la ley, pues en realidad no fue otra que el impedir que con motivo de reintegrarse del valor de las mejoras se distragesen y enagenasen los bienes vinculados, en cuya suposicion era preciso ó que perdiese su importe el que hizo las mejoras, ó el sucesor en el mayorazgo, y en este conflicto no pudo ser mas acertada y justa la resolucion de la ley en gravar al que las hizo, y no á su sucesor, porque todos los inconvenientes y perjuicios que esperimentan la muger é hijos del poseedor se verificarian en la muger é hijos del sucesor, y mas justo es que sufran el daño la muger y herederos del que voluntariamente se espuso á padecerlo, que no la muger y herederos del que ninguna parte tuvo en él.

125 De todos los autores que han impugnado la ley de Toro ninguno lo ha ejecutado con mas moderacion que Pedro Barbosa en su Comentario á la ley 8.ª *de soluto matrimonio*, §. final, número 113, donde haciéndose cargo de las razones que pudieron tener los legisladores para la formacion de dicha ley, y las que indican los autores, procura satisfacer á ellas con fundamentos legales sin usar de las invectivas de que se valen los escritores á falta de razones.

126 Para satisfacer la razon que se alega en favor de la decision de la ley, de que no seria justo obligar al sucesor del mayorazgo á satisfacer las mejoras que hubiera hecho en el mismo su antecesor, porque podria suceder fácilmente que dichas mejoras escedieran el valor de los frutos que percibiera el sucesor, dice y espone que el poseedor del mayorazgo, haciendo mejoramientos en utilidad constante y perpétua del mayorazgo, obliga al mismo mayorazgo, como si en nombre de la dignidad del mayorazgo se hubiera hecho el mejoramiento, y de consiguiente el sucesor en él queda obligado á satisfacer á su antecesor el valor de lo expendido, porque como dicha obligacion sea real é inherente al mismo mayorazgo, el que sucede en él queda obligado á satisfacerla.

127 En comprobacion de esta doctrina alega el cap. 1.º del tít. *de solutionibus* de las Decretales de Gregorio IX, en cuyo capítulo resuelve Alejandro III que asi como el hijo está obligado á satisfacer las deudas del padre, del mismo modo el prelado las de su predecesor contraidas por la necesidad de la Iglesia, de cuya decision infiere

que así como aunque el sucesor en dignidad, ó beneficio eclesiástico tenga que dejarle á otro despues de su muerte, no se escusa de la satisfaccion ó pago de la deuda aneja al mismo beneficio ó dignidad, por igual razon debe decirse otro tanto en el sucesor del mayorazgo respecto de la deuda de su antecesor.

128 Tampoco, dice, merece ser atendido el inconveniente de que el sucesor en el mayorazgo lo sea por tan poco tiempo que no perciba frutos suficientes para satisfacer las mejoras que hizo su antecesor, porque como frecuentemente sucede lo contrario, no debe tenerse consideracion á los casos estraordinarios, segun la ley *Nam*, ff. *legibus*, mayormente siendo los mayorazgos de tal naturaleza que despues de la muerte del poseedor pasan á sus hijos, y no hay diferencia en que el poseedor ó su hijo perciba las utilidades del mayorazgo.

129 Para responder con la precision y claridad que corresponde á este razonamiento debe decirse que los mejoramientos voluntarios, aunque útiles, que se hacen en bienes de mayorazgo no se presumen hechos en nombre de la dignidad del mayorazgo, sino por la voluntad del poseedor que los ejecuta, y de consiguiente no debe reputarse por real la obligacion de satisfacerlos.

130 El capítulo que se alega de las decretales nada menos prueba que el intento á que se trae. En él trata Alejandro III de las deudas que contrae el poseedor del beneficio en socorrer las necesidades de la Iglesia, cuyas deudas quiere que las pague el sucesor como invertidas en utilidad de la misma.

131 La presente ley de Toro no habla ni hace la menor mencion de las deudas ú obligaciones que contraiga el poseedor del mayorazgo por los mejoramientos ejecutados en el mismo, sino que únicamente resuelve que la muger é hijos del poseedor del mayorazgo no deben repetir del sucesor el valor de dichos mejoramientos, que es decir que la disposicion de la ley únicamente se dirige á que el poseedor del mayorazgo, su muger, hijos y herederos no cobren lo que invirtió en los mejoramientos, de los que tambien habla generalmente sin especificar si han de ser útiles, ó tambien necesarios, sin hacer la menor mencion de las deudas contraidas por el poseedor en razon de los espresados mejoramientos, como se manifiesta de la enumeracion que hace la misma ley de las personas á quien niega la repeticion, á saber, la muger, hijos y herederos del poseedor.

132 Que la muger no sea acreedor del marido, ni aun en su parte de gananciales, lo manifiesta la ley citada arriba del ordenamiento real, que tambien se halla recopilada, por la cual se concede al marido la libre disposicion de los bienes gananciales, prohibiéndole la enagenacion de ellos que se haga con fin directo de perjudicar á su muger; con que siempre que falte esta cualidad la muger no se puede contar en el número de los acreedores del marido.

133 Tampoco participan de esta cualidad los hijos ó herederos del poseedor, porque en vida del padre no tienen derecho alguno á sus legítimas en los bienes de su padre, como todos saben.

134 Mucho menos pueden considerarse como acreedores del poseedor del mayorazgo sus herederos, porque estos en razon de tales son sucesores de los derechos del testador, transmitiéndose en ellos todas las acciones y obligaciones que en aquel residian; y como el poseedor no era deudor de nadie en las cantidades que invirtió en los mejoramientos, tampoco lo podian ser sus herederos que lo representan.

135 Es, pues, claro que el capítulo de las decretales no es á propósito para persuadir la injusticia ó irregularidad de la disposicion de la ley de Toro, que habla del resarcimiento al autor de las mejoras, y el capítulo canónico trata de la satisfaccion que se ha de dar á los acreedores del que invirtió en caso de necesidad alguna suma en beneficio de la Iglesia.

136 Omito el detenerme á manifestar la poca exactitud con que procedió Alejandro III en comparar al sucesor en el beneficio con el hijo respecto de su padre, porque cualquiera sabe que el hijo en cualidad de heredero, no solo está obligado á satisfacer las deudas necesarias de su padre, sino hasta las voluntarias.

137 Pero aun cuando la disposicion canónica recayera sobre un caso semejante al de la ley de Toro no podia disputarse á sus autores la facultad de separarse de su decision en una materia que ni pertenece al dogma ni á la moral.

138 En cuanto á la reflexion que hace Barbosa de que con mas frecuencia acon-

tece que el sucesor en el mayorazgo perciba muchos mas frutos de él, que el importe de las mejoras que satisfaría á su antecesor, digo que esta reflexion, como fundada en una suposicion voluntaria, basta negarla para satisfacerla, pues no hay la menor causa física que asegure ni haga probable en el sucesor mayor período de vida que en su antecesor.

139 Continúa el mismo Barbosa en el número 115 procurando desvanecer el inconveniente que se seguiria de que el sucesor del mayorazgo pagase las mejoras de su antecesor, porque igualmente deberia cobrarlas de su sucesor el que las habia satisfecho á su antecesor, y asi sucesivamente iria renaciendo siempre en los sucesores la obligacion de satisfacerlas á su antecesor, cuyo inconveniente debe de todos modos evitarse, y dice que esta razon no es concluyente, porque la obligacion de satisfacer los mejoramientos á quien los hizo solo se estiende á su sucesor inmediato, el cual cumpliendo con aquello que estaba obligado, ninguna repeticion le quedaba contra su sucesor, porque no habiendo hecho él los mejoramientos, sino pagado la deuda contraida en virtud de ellos, se estingue la obligacion, la cual no puede renacer en los sucesores que en adelante haya, estinguida que sea una vez, de que concluye que la ley de Toro no se justifica por las dos razones que deja espuestas.

140 Para reconocer la superficialidad y falta de fundamento legal en que apoya Pedro Barbosa su raciocinio basta manifestar que supone en el sucesor la obligacion de satisfacer al antecesor las mejoras que hubiese hecho, cuya suposicion tan lejos está de ser cierta, que antes bien está demostrada su falsedad en varias partes de este escrito, y en lo que acabamos de decir contra el primer argumento de Barbosa.

141 Concédasele en buen hora que por la satisfaccion del sucesor quede estinguida la obligacion que tenia respecto del antecesor; pero de esto no se infiere que el sucesor que pagó las mejoras no tenga igual repeticion contra su sucesor, como la que contra él tuvo su antecesor que hizo las mejoras; y asi, siempre que no se dé una razon directa y concluyente que convenza que la obligacion del sucesor de pagar las mejoras al que las hizo no trasciende á todos los demas sucesores, nada adelanta Barbosa con decir que por la satisfaccion del sucesor se estinguió la obligacion que tenia respecto al antecesor.

142 Es tan dificil de persuadir que haya una particular razon para que el sucesor del mejorante abone las mejoras sin tener accion para recobrarlas de sus respectivos sucesores, que antes bien cuantas razones alegan los autores de esta opinion, y cuantas puedan escogitarse, militan igualmente en los sucesores del que pagó las mejoras que en el sucesor del mejorante.

143 Ya hemos visto arriba que la razon principal en que fundan la injusticia de la ley de Toro es la de que por la degeneracion de poder repetir el valor de las mejoras el que las hizo se perjudica á sus hijos y muger por la disminucion que han de sufrir aquellos en sus legítimas, y esta en su mitad de gananciales, cuyo perjuicio es preciso que recaiga en la muger é hijos del inmediato sucesor, obligándole á este á satisfacer el valor de las mejoras, porque seguramente la muger é hijos de este esperimentarán otra tanta disminucion en sus gananciales y legítimas que la que se pretende evitar en la muger é hijos del mejorante, como ya antes queda manifestado.

144 Siendo, pues, esto cierto, como no se puede negar, ¿qué razon hay para que la muger é hijos del mejorante se liberten del perjuicio de la disminucion de gananciales y legítimas, y recaiga este en la muger é hijos del inmediato sucesor?

145 Tan lejos está de poder hallarse razon alguna que apoye la preferencia de la muger é hijos del mejorante respecto de los de su sucesor inmediato, que antes bien la voluntad del acto con que el mejorante hizo las mejoras no debe inducir la mas mínima obligacion en su sucesor que no derive causa de él en la sucesion al mayorazgo.

146 Pero demos caso que hubiese alguna razon para esta preferencia en la muger é hijos del mejorante respecto de su inmediato sucesor, nunca podia esta impedir que la repeticion que lograba la muger é hijos del mejorante contra su inmediato sucesor no obrase con igual ó mayor razon contra el inmediato sucesor de este, y asi sucesivamente.

147 Si el haber costeado las mejoras es la causa porque se deben abonar á la muger é hijos del mejorante por su sucesor inmediato, es claro y fuera de toda duda que despues que este satisfizo su importe se ve-

rifica real y verdaderamente que tambien las ha costeado; ¿pues por que se le ha de denegar al segundo que ha abonado las mejoras la repeticion que se ha concedido al primero?

148 Esta repeticion es tanto mas fundada en el sucesor que en el mejorante cuanto este hizo las mejoras voluntaria y espontáneamente, y aquel las satisfizo obligado.

149 Si la razon de satisfacer las mejoras el sucesor inmediato del que las hizo es porque entra en el goce y disfrute de los bienes mejorados, igualmente entra en el mismo goce despues de sus dias su inmediato sucesor, con que debe entenderse con él la misma obligacion mediando la identidad de causa que la produce.

150 En prueba de la variedad y poca exactitud con que discurre Pedro Barbosa acerca de la impugnacion de esta ley, en lo que se asemeja á los demas autores que se han propuesto el mismo objeto, es que tratando de si el mejorante podria arrancar y llevarse las mejoras que hubiera hecho en los tres casos de que habla la ley, impugna la opinion de los que le conceden esta facultad, y dice en el número 18 que la mente de la ley de Toro fue conceder á los poseedores de los mayorazgos facultad de aumentarlos y mejorarlos en dichos tres casos, y asi cuando el poseedor hace las mejoras se entiende que las ejecuta con ánimo de donarlas, y no de repetirlas, cuyo ánimo se presume mas fácilmente, porque por lo regular los mayorazgos recaen en los descendientes del poseedor.

151 Si las mejoras afirma Barbosa que las hace el poseedor con ánimo de donarlas, y no repetirlas, ¿cómo pretende impugnar la decision de la ley de Toro, porque dispone que el poseedor del mayorazgo, su muger é hijos no puedan repetir del sucesor el valor de las mejoras?

152 Establecido, pues, que la muger é hijos del poseedor del mayorazgo que hizo en él mejoramientos no tienen repeticion contra el sucesor para cobrar su importe, síguese tratar ahora si un tercero poseedor de bienes vinculados, que con buena fé los adquirió, y en ellos hizo algunos mejoramientos, estará escluido en virtud de la ley de Toro de repetir su valor del sucesor en el mayorazgo.

153 Se dividen nuestros autores, como regularmente acontece, opinando unos que el poseedor de buena fé de bienes vinculados no está comprendido en la decision de la ley de Toro; y otros por el contrario afirman que se halla comprendido en ella, por lo que se hace preciso esponer los fundamentos de una y otra opinion.

154 Juan Gutierrez en el libro 5.º de sus prácticas cuestiones, en la 29 se declara por la sentencia que afirma que el poseedor de buena fé tiene derecho para repetir del sucesor del mayorazgo el importe de las mejoras hechas en bienes vinculados.

155 El primer fundamento de que se vale en apoyo de esta opinion lo saca de la misma ley, que solo habla del poseedor del mayorazgo, privando á su muger, hijos y herederos de la repeticion, de donde infiere debe decirse lo contrario cuando un tercero con buena fé ejecutó las mejoras, como sucede en el caso propuesto; y no hablando la ley de dicho caso permanece sujeto á la disposicion del derecho comun, que permite al poseedor de buena fé sacar el valor de las mejoras útiles ó necesarias en fundo ageno.

156 El segundo y tercer fundamento de que se vale coinciden en el mismo principio de que el poseedor de buena fé repite el valor de las mejoras hechas en la cosa agena de su verdadero dueño, y á lo mismo conspira el cuarto fundamento, en el que refiriéndose á la ley 41, tít. 28, partida 3.ª, pretende que al poseedor de buena fé le compete el derecho de retener la cosa hasta estar satisfecho de lo que ha gastado en ella. Del mismo dictámen que Gutierrez son Mieres *de majoratibus* en la parte 4.ª, cuestion 32, y Burgos de Paz, el jóven, en la cuestion 7.ª, número 32 y siguientes, á quienes cita dicho Gutierrez; por el contrario Luis Velazquez de Avendaño en la glosa 7.ª á la ley de Toro, número 11 y 12, pretende que la disposicion de dicha ley se debe estender á cualquier tercero que posea con buena fé el mayorazgo, cuya opinion sigue el señor Castillo en el libro 5.º, capítulo 26, en donde propone un caso de esta especie que en su tiempo se ventiló en la audiencia de Sevilla, y afirma recayó la decision del tribunal contra el tercer poseedor; pero donde mas claramente manifiesta su dictámen es en los números 95 y 97 de dicho capítulo.

157 El fundamento que alega por su opinion Avendaño es de que en virtud de la ley 45 de Toro se transfiere inmediata-

mente la posesion de los bienes vinculados en el sucesor, y de consiguiente se infiere que el tercer poseedor no puede sacar el importe de las mejoras, denegándosele la retencion de los bienes del mayorazgo, cuya retencion le es permitida por derecho en los otros bienes que no tienen el gravámen de restitucion, y de que puede sacar el valor de las mejoras, limitando su opinion Avendaño á las mejoras útiles, pero no á las necesarias, las que defiende podrá repetir y cobrar del sucesor.

158 El señor Castillo en el número 91 funda su opinion en que la ley de Toro habla generalmente del que hiciere mejoras en bienes de mayorazgo, y de consiguiente debe estenderse á todos su decision, bien sea al poseedor sucesor en el mayorazgo, ó á un tercero que lo tenga con buena fé.

159 Tambien alega que la ley no mira principalmente á la persona del mejorante, bien sea poseedor del mayorazgo ú otro cualquier tercero, tenga ó no buena fé, sino al sucesor y á la conservacion y aumento de los bienes vinculados, y finalmente dice al número 92 que despues de la publicacion de la ley de Toro no deben quejarse de ella, sino de sí mismos los terceros poseedores de bienes vinculados que hacen mejoras en ellos, creyéndolos propios, porque deberian al tiempo de la compra haberse asegurado por medio de fiadores é hipotecas en caso de eviccion, no solo del valor de la cosa comprada, sino de sus accesiones y mejoramientos, sin pasar á comprarla sin que precediese una diligente inquisicion que les hiciese conocer que era libre, y no sujeta á vínculo perpétuo de restitucion, pues de lo contrario deberán imputarse á sí mismos el perjuicio que se les origine, y usar de su derecho, tanto por el interés de la cosa como por el valor de las mejoras hechas en ella contra los herederos del vendedor, y no contra el sucesor del mayorazgo, que tiene á su favor la disposicion de la ley de Toro, á no ser en el caso en que el gasto hecho en las mejoras fuera tan necesario para la conservacion de la cosa vinculada que sin él se hubiera arruinado, porque entonces debe abonársele al comprador ó poseedor de buena fé, primero por el vendedor ó sus herederos, y en defecto de bienes de estos por el sucesor en el mayorazgo, como así lo afirma al número 101, ampliando la opinion de Avendaño en esta parte.

160 En esta variedad de opiniones me parece mas fundada la que concede al tercer poseedor de buena fé la facultad de repetir el valor de los mejoramientos del vendedor de los bienes vinculados, y en su defecto del producto de los mismos bienes.

161 Es máxima constante, tanto por derecho civil como por el real, que el poseedor de buena fé saca y repite el valor de las espensas útiles y necesarias hechas en fundo ageno de su verdadero dueño, como se convence del §. 30, tit. 1.º del libro 2.º de las Instituciones de Justiniano, y de la ley 41, tit. 28, partida 3.ª

162 Esta legal disposicion no puede entenderse corregida por la ley de Toro, que únicamante habla del poseedor del mayorazgo que con conocimiento de que los bienes se hallan vinculados hace en ellos mejoras útiles ó necesarias, en cuyo caso niega la repeticion de ellas á su muger, hijos ó herederos. La decision de esta ley se justifica principalmente con que la privacion de sacar el valor de las mejoras solo se impone al que voluntariamente y con conocimiento de que las ha de perder, pasa á ejecutarlas, con que mal podrá estenderse á un tercer poseedor, que persuadido de que los bienes son de su libre disposicion hace en ellos los mejoramientos que estima convenientes para aumentar su patrimonio.

163 El decir, como pretende el señor Castillo, que el poseedor de buena fé debe sufrir el perdimiento de las mejoras, imputándose á sí mismo el no haber hecho las diligencias suficientes para asegurarse de que los bienes no eran vinculados, es no hacerse cargo de lo que entendemos por poseedor de buena fé, que en realidad es aquel que sin motivo ó causa para dudar de que el que le transfiere los bienes es su verdadero dueño, entra á poseerlos en concepto de tal.

164 Si la buena fé del poseedor de bienes libres es suficiente para que se persuada que son suyos, ¿por qué esta misma fé en el poseedor de bienes vinculados no ha de ser bastante para que se persuada que son suyos igualmente? Si la buena fé del poseedor hace que se persuada que los bienes no son agenos, ¿cómo esta misma fé no ha de ser bastante para persuadirse que no son vinculados?

165 Los mismos autores de la opinion

que impugno convienen y reconocen que el poseedor de buena fé puede repetir el valor de las mejoras necesarias, como se manifiesta de los lugares que dejo citados, luego lo mismo deben decir de los útiles.

166 Si acaso se pretende responder que el poseedor de buena fé no repite las espensas necesarias por razon de la buena fé, sino porque el dueño las habia de haber hecho, y por esta razon se concede al poseedor de mala fé igual repeticion de las mismas mejoras, digo que el señor Castillo en el número 101 establece que aunque el poseedor del mayorazgo no está obligado á costear las espensas necesarias de alguna consideracion (en lo que conviene tambien el señor Molina), sin embargo afirma que si el dicho poseedor hace las espresadas mejoras no podrá repetirlas, porque se entiende que las hace con ánimo de donarlas, y de no repetirlas, y de consiguiente la decision de la ley de Toro tendrá lugar en estas espensas necesarias como en las útiles, porque no distingue, mayormente despues que se publicó y le consta de la resolucion de la ley de Toro. Hasta aqui el señor Castillo, de cuya doctrina se convence que si el poseedor del mayorazgo pierde las espensas necesarias, porque se presume que las hace con ánimo de no repetirlas despues de la publicacion de la ley de Toro, lo que es conforme al §. 30, tít. 1.°, lib. 2.° *institutionum*, y la 42, título 28, partida 3.ª, por faltar este ánimo y conocimiento en el poseedor de buena fé en las espensas útiles, debe igualmente repetirlas.

167 Si porque la ley de Toro no distingue entre espensas útiles y necesarias, de todas se niega la repeticion al poseedor del mayorazgo, ¿por qué estendiéndose dicha ley al poseedor de buena fé se le ha de conceder á este la repeticion de las espensas necesarias, y no de las útiles?

168 Es, pues, necesario convenir que la falta de noticia en el poseedor de buena fé de que los bienes son de mayorazgo es la que lo habilita para repetir el valor de las espensas necesarias, con que encontrándose en él igual falta de noticia en cuanto á las espensas útiles, se le debe conceder igual repeticion, y si no manifiéstese con limpieza y claridad qué otra diferencia media entre el poseedor sucesor de mayorazgo y entre el tercer poseedor de buena fé para que el primero no pueda repetir el valor de las espensas necesarias, sin embargo de que no está obligado á hacerlas, y si el segundo, sino el conocimiento que tiene el primero de que los bienes eran vinculados, y de la ley que disponia acerca de ellos, y la falta de esta noticia de que carecia el segundo.

169 Pretende Avendaño en el número 12 de la glosa 7.ª fundar la denegacion de repetir las mejoras útiles al poseedor de buena fé, en que por la ley 45 de Toro, en el punto que muere el legítimo poseedor del mayorazgo, se transfiere la posesion civil y natural al verdadero sucesor, lo que impide que el poseedor de buena fé pueda retener los bienes vinculados hasta compensarse de las mejoras útiles; pero no reflexiona que si esta razon es eficaz para persuadir lo que intenta, deberá igualmente impedir la retencion de los bienes vinculados para que se compense el poseedor de buena fé de las mejoras necesarias, y si estas las puede repetir sin necesidad de retener los bienes, no hay motivo alguno que haga necesaria la retencion para la repeticion de las útiles.

170 Sin embargo de ser el señor Molina un acérrimo defensor de los mayorazgos, que procura rebatir cuanto cree contrario á su permanencia y conservacion, se ve en la precision de reconocer en el libro 1.°, cap. 27, número 6.°, que los desmejoros de los bienes vinculados ocurridos por caso fortuito ó sin culpa lata ó leve del poseedor, si son considerables no está obligado este ni su heredero á satisfacer el importe de su reparacion, ni tampoco el sucesor, sino que deberán costearse de los bienes del mismo mayorazgo, lo que afirma es una cosa muy cierta é indudable. Con el dictámen de este autor se conforma el señor Castillo en el libro 5.° de sus controversias cotidianas, cap. 65, número 98.

171 Con arreglo á esta doctrina es constante la práctica recibida de que para el reparo de los desmejoros de que vamos hablando se solicita real licencia, y regularmente se concede para imponer censos sobre los bienes vinculados ó para enagenar una parte de ellos á fin de poder reparar otros, aunque en uno y otro caso se les impone á los poseedores la obligacion de ir depositando anualmente cierta y determinada cantidad para el total reintegro del capital del censo ó del valor de los bienes enagenados.

172 Síguese tratar del acreedor de po-

seedor de bienes vinculados. Para proceder con la claridad que corresponde se ha de suponer que el crédito puede ser contra el poseedor del mayorazgo, por la deuda que contrajo por su personal utilidad ó por la del mayorazgo; en el primer caso no se ofrece la menor duda de que ni estan obligados los bienes del mayorazgo, ni tampoco lo está el sucesor en los mismos no siendo su heredero, y asi toda la dificultad se versa en el segundo caso de que la deuda se haya contraido en utilidad y beneficio de los bienes vinculados.

173 Cuando la deuda contraida en beneficio de los bienes del mayorazgo tiene hipotecados á su favor dichos bienes mediante real facultad, tampoco hay la menor duda de que el sucesor en el mayorázgo está obligado a satisfacerla, como lo dice el señor Molina en el lib. 1.º, cap. 10, número 15 *de primogenitis*. Toda la dificultad, pues, consiste en si no habiendo precedido facultad real para hipotecar los bienes en pago de la deuda contraida para la necesaria reparacion de los bienes vinculados, estará obligado el sucesor á satisfacerla. El señor Molina en el número 17 del lugar citado distingue dos casos; uno cuando la deuda se contrajo para hacer edificios que habian de ser de perpetua utilidad al mayorazgo, y el otro cuando era para una reparacion de poca consideracion ó para la mas comoda percepcion de los frutos: en el primero resuelve que el sucesor en el mayorazgo no está obligado á satisfacer las deudas contraidas por su antecesor para hacer dichos edificios, y asi presupone que la duda solo puede estar en si esta deuda podrá ó deberá satisfacerse de los bienes vinculados, y para resolverla la subdivide en otros dos casos de que los edificios no sean necesarios aunque puedan ser útiles, y entonces resuelve que los bienes del mayorazgo no pueden hipotecarse ni venderse para el pago de la espresada deuda, porque seria la cosa mas inicua afirmar que los bienes del mayorazgo se pudiesen hipotecar ó enagenar por semejante causa contra la espresa prohibicion del fundador.

174 El otro caso es cuando la deuda se contrajo para construccion de edificios necesarios, sin los cuales no se podia conservar el mayorazgo, y resuelve al número 18 y siguientes que en tal caso pueden hipotecarse y venderse los bienes del mayorazgo, sin embargo que esté prohibida su enagenacion por el fundador, porque no se hace creible que el fundador del mayorazgo que prohibió la enagenacion de sus bienes, con el fin de que se conservaran perpetuamente en su familia, quisiese hacer una disposicion, en virtud de la cual se acaben y destruyan; y asi debe presumirse que permitió que en este caso se pudieran hipotecar sus bienes, aunque no lo espresó, con tal que (dice el mismo autor) el dinero se haya prestado espresamente para la reparacion de los bienes del mayorazgo, consumido en ellos, se conserve el edificio, y fuese tan necesario el reparo, que de otro modo se hubiera arruinado la cosa reparada, y que no se haya gastado en ella mas que lo que era precisamente necesario: todas estas circunstancias quiere el señor Molina al número 23 que concurran á un tiempo, para que por el dinero prestado para el reparo de algun edificio del mayorazgo competa la accion hipotecaria con prelacion, y aun quiere y aconseja que cuando ocurra este caso se piense y examine con cuidado su resolucion, tanto por la decision de la ley 46 de Toro como por las cláusulas de los mayorazgos, en que comunmente se suelen escluir y vedar estas enagenaciones.

175 La misma opinion sigue el señor Molina al número 24 en el caso de que la deuda se haya contraido, no para construccion de edificios necesarios, sino para reparo igualmente necesario para la conservacion de los bienes vinculados, que de otro modo no pudieran conservarse, como seria, por ejemplo, si estando situados á la orilla de un rio amenazase su ruina necesaria si no se hiciera en la orilla algun refuerzo ó fortificacion para impedir el que se los llevase.

176 Juan García en su tratado *de spensis*, cap. 16, número 10, sostiene que cuando no ha intervenido real permiso para hipotecar los bienes del mayorazgo al dinero ó caudal que se ha tomado para hacer los reparos necesarios, de cualquier clase que sean, no quedan obligados los bienes, ni responsable el sucesor.

177 Aunque el acreedor hubiera dado el caudal para los reparos con la precisa condicion de que quedasen hipotecados para su pago, seria lo mismo, y asi ni le competirá hipoteca tácita, ni espresa, y solo podrá usar de la accion personal contra el poseedor que recibió el dinero ó contra sus herederos, y se funda para esto en la de-

cision de la ley 46, la cual habiendo escluido á la muger é hijos del poseedor de repetir el valor de los reparos ó mejoramientos hechos en edificios de mayorazgo, debe entenderse escluyó tambien á los otros acreedores, y da la razon, porque á no entenderse asi dicha ley se haria ilusoria su disposicion, concertándose entre sí los acreedores, hijos, muger y poseedor del mayorazgo, porque tomando este algun empréstito para reparos de los bienes vinculados, se los entregase despues á su muger é hijos, y por este medio se conseguia por un camino lo que se habia prohibido por otro, y los mayorazgos perecerian y llegarian á estinguirse gravados con deudas.

178 Luis de Avendaño en la glosa 9.ª, número 16 de dicha ley, despues de haber referido en los números antecedentes la doctrina de García y otros autores, se inclina á que en el caso que los reparos en fincas de mayorazgo hayan sido tan necesarios, que sin ellos se hubieran estinguido los bienes en que se ejecutaron, se debe satisfacer al acreedor la cantidad que prestó para invertirse en ellos, aunque no espresa de dónde se han de satisfacer, si de los bienes vinculados, ó por el poseedor del mayorazgo, por su heredero, ó por el sucesor en defecto de este.

179 El P. Molina en la disputacion 641, número 4.º, espresamente afirma que en el caso que la deuda la contrajese el poseedor del mayorazgo para reparos tan necesarios, que sin ellos pereceria la finca, deben satisfacerse de los bienes del mayorazgo, y estar obligados á su pago los sucesores en el mismo, ó bien enagenando parte de los bienes ó satisfaciendo de sus frutos.

180 Acevedo en el consejo 38, número 14, conciliando las diversas opiniones de los autores en este punto, dice que cuando el poseedor del mayorazgo espresamente obligó los bienes del mayorazgo por el dinero que recibió para repararlos, ó por los reparos que hizo el mismo acreedor, en el caso de que hubieran de perecer los bienes si no los hubiera reparado el acreedor ó prestado su dinero para hacerlo, entonces quiere que prevalezca la opinion del señor Molina en el cap. 6.º, número 28, y la de aquellos autores que resuelven á favor del acreedor, y aun en este caso quiere que se siga el consejo que da Alvarado y Peralta, de que el poseedor se presente ante el juez del lugar y le pida licencia para tomar dinero prestado y obligar los bienes del mayorazgo, ofreciendo dar informacion de que el reparo, no solo es útil, sino tan necesario, que si no se hiciera y se tomara el dinero para ello pereceria la cosa, y tan urgente que no daba lugar á pedir y conseguir antes el real permiso ó licencia, y que la opinion contraria al señor Molina se ha de entender cuando falta ó no hay esta necesidad urgente del reparo, que no permite esperar la real licencia, y concluye aconsejando que en el caso de haber de tomar el poseedor dinero prestado para hacer reparos en bienes vinculados preceda ó subsiga la real licencia, ó por lo menos observen la cautela que queda referida.

181 El señor Castillo en el libro 5.º, cap. 65, número 101, despues de haber referido las opiniones de algunos autores, dice al fin del dicho número que es de parecer que aunque no se constituya hipoteca espresa ni tácita en el caso propuesto en que los reparos sean tan necesarios, que sin ellos pereceria la finca, con todo tiene por rígida y dura la sentencia de aquellos que en dicho caso niegan al acreedor el derecho de repetir la cantidad prestada, y asi se inclina á la opinion de Avendaño de que el acreedor debe recuperar su crédito de los herederos del último poseedor si tienen con qué, y en su defecto del sucesor, sin que deba ser oido este si se escusase á la satisfaccion de la deuda, por ser contra la mente del fundador, no debiéndose creer que queriendo que los bienes se conservasen perpetuamente en su familia hiciese una disposicion, por la cual viniesen á destruirse y aniquilarse, si los acreedores no podian cobrar las cantidades que habian dado para reparos necesarios á la conservacion de las fincas.

182 Pasando á proponer mi dictámen entre estas varias opiniones, digo que en el caso de la disputa no se contrae hipoteca tácita ni espresa cuando no ha precedido y subseguido real licencia, ni estará obligado el sucesor del mayorazgo á satisfacer la menor cantidad en defecto de la insolvencia de los herederos del poseedor, y es la razon porque por mas urgente que fuera la necesidad no podia estorbar ni impedir que se solicitase la real licencia despues de socorrida, en virtud de la cual puede solamente ligarse al sucesor á la satisfaccion del crédito, y asi el acreedor deberá imputar á

su negligencia ó descuido la falta de no haber impelido ó escitado al poseedor para que solicitase, ó la real licencia para el préstamo, ó la aprobacion de él, y aun en estos casos no debia satisfacer el sucesor aquella parte del crédito que por morosidad del acreedor no cobró del poseedor del mayorazgo, habiendo transcurrido tiempo suficiente para poder satisfacer la deuda ó una parte de ella de los frutos de los bienes vinculados, porque si por la percepcion de los frutos se obliga al sucesor á satisfacer la deuda, con mayor razon debe obligarse al actual poseedor, en quien á mas de la percepcion de frutos concurre la obligacion personal, y nunca puede estar en el arbitrio del acreedor el gravar al sucesor con lo que debió pagar el poseedor.

183 Tambien han querido dudar los autores si protestando el poseedor del mayorazgo al tiempo de hacer las mejoras, que su ánimo es de cobrar y repetir su importe, cesará la disposicion de la ley de Toro; pero no es lo peor que hayan escitado esta duda, que podia pasar por sutileza de ingenio, sino que haya habido quien la ha creido suficiente para suspender el efecto de la disposicion de la ley.

184 Pedro Barbosa en la ley *divortio*, *de soluto matrimonio*, §. final, parte 1.ª, número 118, afirma que cuando el poseedor del mayorazgo al tiempo de hacer las mejoras espresamente declara que su ánimo es de repetir su importe, cesa la disposicion de la ley, y adquiere derecho para que se lo satisfaga el sucesor, y cita como autores de esta opinion al señor Menchaca, *de succes. creat.*, §. 5.º, número 13, y al señor Molina, lib. 1.º, cap. 26, número 16, pero con tanta equivocacion, que hablan en un caso enteramente diverso, cual es el de que el fundador hubiese dispuesto que las mejoras hechas por el poseedor las satisfaciese el sucesor, en cuyo caso no hay duda de que debe cesar la disposicion de la ley, y estarse á la voluntad del fundador, que es la regla invariable que se ha de observar en los mayorazgos.

185 Tambien cita á Acevedo como contrario á su opinion en la ley 6.ª, tít. 7.º, libro 5.º de la Recopilacion, número 8.º; pero el mismo Acevedo en el consejo 38, número 8.º, reconoce que lo que dijo en el lugar que se le cita fue que si el que habia hecho las mejoras dispusiese en su testamento que se le abonasen, no habiendo manifestado esto mismo al tiempo de ejecutarlas (cuyos casos son diversos), no debe cesar la disposicion de la ley; pero sin embargo en el caso y duda que propone Barbosa se conforma con su opinion, y resuelve lo mismo que él en dicho número 8.º del consejo 38.

186 El señor Castillo en el citado capítulo 65, número 115, supone esta misma duda, y despues de haber citado la opinion de Barbosa, y advertido las equivocaciones que padece en las citas que hace, resuelve que en aquellas cosas que estan determinadas por derecho en cierto y determinado modo no tiene ningun efecto la protesta que se haga contra ellas, ya porque la protesta contraria al hecho no releva de la obligacion, y ya tambien porque cuando es contraria al derecho no puede impedir la disposicion de la ley, y por último, porque si estuviera en el arbitrio de los poseedores el suspender los efectos de la ley protestando contra su disposicion al tiempo de ejecutar las mejoras, hubiera sido inútil y ocioso su establecimiento. Y yo añado que la protesta hecha contra una ley establecida en beneficio de tercero nunca puede perjudicarle á este sin su consentimiento, y si esto valiese deberia decirse otro tanto del poseedor de mala fé que con protesta de repetir el importe edificase en suelo ageno ó hiciese otros mejoramientos.

187 Otra duda suscitan los autores acerca de si la muger, hijos ó herederos del poseedor podrán deducir ó arrancar aquellos mejoramientos que puedan separarse sin detrimento de la cosa en que se hicieron, y en esta duda, como regularmente sucede en las demas, se dividen, defendiendo unos la opinion afirmativa, como le sucede al señor Molina en el lib. 1.º, cap. 26, número 16, á quien siguen entre otros Garcia *de expensis*, cap. 13, número 47; Gutierrez, lib. 5.º, cuestion 30, número 4.º; Acevedo, consejo 38, y tambien habia ya opinado antes asi Antonio Gomez en la ley 46, número 2.º

188 El P. Molina en la disputacion 644, número 2.º, §. 4.º, *in dubium*, es de contrario dictámen, y tambien Pedro Barbosa en la ley *divortio*, §. final, número 116 y 117, Matienzo en la ley 6.ª, tít. 7.º, libro 5.º, glosa 3.ª, número 3.º y siguientes, Mieres, partida 4.ª, cuestion 33, número 7.º, á quienes sigue el señor Castillo en el citado capítulo 65, número 100,

fundándose estos autores en que no se puede deformar el aspecto público, y en que la ley de Toro espresamente dice que los mejoramientos se hacen y toman la naturaleza de vinculados, como lo son las cosas en que estriban. Pero bien mirado estas dos opiniones mas parece que se diferencian en el nombre que en la substancia; pues los autores de la primera entienden por mejoramientos hechos en los edificios los pertrechos de guerra que se introducen en un castillo para su defensa, como son cañones, fusiles, espadas y municiones, segun se esplica García en el lugar citado.

189 En este sentido no puede haber la menor duda en que el poseedor de los bienes vinculados puede estraer dichos mejoramientos, porque en realidad son cosas distintas de los edificios, y que no tienen ninguna union con ellos, á la manera que podria estraer todo el menaje de casa con que la hubiera adornado para su comodidad y decencia, por no reputarse mejoramientos de un edificio los muebles que en él se colocan; por lo que comprendo que estas dos opiniones se deben conciliar diciendo que todos aquellos mejoramientos que por ser análogos á la cosa á que se aumentan se unen con ella, no pueden ni deben estraerse por el poseedor del mayorazgo, ni por su muger, hijos ó herederos, por reputarse de la misma naturaleza y condicion que los bienes á que estan unidos, sin que deba atenderse á si pueden ó no separarse sin causar deformidad.

190 Es tanto el deseo de los comentadores de suscitar dudas acerca de la inteligencia de las leyes, que han llegado á dudar si la resolucion de la presente ley de Toro deberá estenderse ó no al caso en que el marido constante matrimonio haga mejoramientos en los bienes vinculados de la muger, y lo que aun es peor que los autores estan discordes en sus opiniones acerca de este punto.

191 Burgos de Paz en sus cuestiones civiles en la 7.ª, número 61 y siguientes, es de sentir que la ley de Toro no debe tener lugar en el caso propuesto, y de consiguiente opina que el marido podrá sacar la parte que le corresponda del valor de las mejoras que haya hecho en los bienes vinculados de su muger, y pretende que Antonio Gomez en dicha ley, número 2.º, verso *quæ omnia procedunt*, es del mismo dictámen; pero solo con leer el lugar citado de Gomez se convencerá cualquiera que no hace la menor mencion del caso de la disputa, pues aunque afirma que el marido puede sacar las espensas necesarias que haga en los bienes dotales de su muger, no supone que estos esten mayorazgados ó sujetos á vínculo perpetuo.

192 Luis de Avendaño en la glosa 2.ª, número 2.º á esta ley de Toro refiere la opinion que supone ser de Gomez, y la de Burgos de Paz el jóven en el lugar citado, y la reprueba remitiéndose á la glosa 6.ª, donde habla de las mejoras hechas en bienes de mayorazgo.

193 Juan Gutierrez en el libro 5.º y cuestion 30 de las civiles trata esta misma duda, y despues de proponer la opinion de Burgos de Paz y la de Avendaño, sigue como la mas conforme á la ley la de este último, fundándose para ello en que si ni la muger ni sus herederos no pueden repetir las mejoras hechas en los bienes vinculados del marido, á causa de que inmediatamente se hacen del vínculo, y acrecen al mismo, por igual razon debe decirse que ni el marido ni sus herederos podrán sacar parte alguna de las espensas hechas en los bienes vinculados de la muger; y siendo este argumento tomado de la correlacion que hay entre marido y muger, no parece regular que lo que se observa en el uno deje de cumplirse en el otro, y asi lo que la ley dispone acerca de la muger se ha de entender tambien dispuesto en el marido, mayormente teniéndose consideracion á que la causa de hablar la ley espresamente de la muger es con ocasion de que mas frecuentemente acaece que el marido sea el que tiene el mayorazgo, y espende en su utilidad los bienes adquiridos durante el matrimonio, y por lo tanto no se ha de creer que la ley escluya de su disposicion el caso contrario, ó que quiera que se juzgue de él de diverso modo, militando en uno y otro la misma razon, y siendo correlativos el marido y la muger, por lo que lo dispuesto en el uno se presume dispuesto en el otro. Hasta aqui Gutierrez. A cuyas razones podrá aumentarse otra no menos eficaz, cual es la de que si por la ley le es permitido al marido perjudicar á su muger y herederos en la parte de gananciales que invierte en sus bienes propios vinculados, aunque la muger no consienta en esta inversion, fundándose esta disposicion de la ley en que las mejoras hechas en bienes vinculados se

consideran afectas al mismo vínculo, con mayor razon deberá decirse otro tanto en las mejoras hechas por el marido en los bienes vinculados de la muger, pues ademas de militar la misma razon de revestirse las mejoras de la cualidad del fundo en que se hacen, concurre la particular circunstancia de que el marido, que es el que ha de esperimentar el perjuicio, las hace voluntariamente en calidad de administrador de los bienes de su muger. Por cuyos fundamentos comprendo que la opinion de Burgos de Paz carece de todo apoyo legal, y descubre que no se dirige á otro fin que á restringir y limitar arbitrariamente la disposicion de la ley de Toro, y que la de Avendaño y Gutierrez es la mas conforme y arreglada á la letra de la ley y á su espíritu.

194 No se limita la cavilacion de los comentadores á la duda anteriormente propuesta, sino que pasan á suscitar otra aun mas sútil y delicada, y lo peor es que despues de haberla propuesto se han dividido en opiniones, como sucede por lo comun. Se reduce la duda á si la ley de Toro deberá tener lugar en las casas que de nuevo se hagan en bienes de mayorazgo.

195 El fundamento de esta duda lo toman de la misma ley, la que despues de decir que las fortalezas y cercas que se hicieren de nuevo ó repararen en ciudades, villas y lugares de mayorazgo sean igualmente de mayorazgo, como lo son ó fueren las ciudades, villas ó lugares y heredamientos donde se labraren, añade que lo mismo se entienda en los *edificios que de aqui en adelante se hicieren en casas de mayorazgo, labrando y reparando ó reedificando en ellas.* De cuyas palabras infieren algunos de los comentadores que la ley solo habla de los edificios que se aumentaren en las casas de mayorazgo, ó bien reparándolas ó reedificándolas, pero no de las casas que de nuevo se fabricaren.

196 Entre los principales autores que abrazan esta opinion se hallan Burgos de Paz el jóven en la 7.ª de sus cuestiones civiles, Gutierrez en la cuestion 31, número 1.º y siguientes del libro 5.º, y el señor Castillo Sotomayor en sus cont. libro 5.º, capítulo 65, número 104.

197 El fundamento de esta opinion la ponen, como he manifestado arriba, en las palabras que se han referido de la ley; pero estas no deben entenderse tan literalmente que no se estiendan á las casas ó edificios que de nuevo se hacen. El fundamento para dar esta ampliacion á dichas palabras lo suministra la misma ley, en la que hablando de las fortalezas y cercas de las ciudades, villas y lugares de mayorazgo, comprende tanto las que se hacen de nuevo como las que se mejoran ó reparan; por lo que parece que debe entenderse lo mismo en las casas que de nuevo se edifiquen en los heredamientos de mayorazgo, mayormente no señalando los autores de la opinion contraria una causa que influya substancial y eficazmente para la diferencia que intentan establecer entre las casas que de nuevo se hacen y las cercas y fortalezas, y entretanto que no asignen la razon de esta diferencia obra contra su opinion el axioma comunmente recibido, que donde milita una misma razon se observa la misma disposicion de derecho.

198 Bajo este mismo principio se ha manifestado arriba con razones y la autoridad de varios autores clasicos, que sin embargo de que la disposicion de la ley de Toro solo habla de los edificios que se fabrican en bienes de mayorazgo, se estiende y amplía á los demas mejoramientos que se hacen en los mismos bienes, por militar en unos y otros la misma razon.

199 El señor Castillo, que como dejo dicho sigue la opinion de Juan Gutierrez en este punto, sin embargo en el número 88 del libro y capítulo citado afirma, siguiendo el dictamen del señor Molina y de otros autores que cita, que no obstante que la ley de Toro solo habla de mejoras que consisten en edificios, se estiende y comprende su resolucion todas las demas clases de mejoras que se hacen en bienes vinculados; por lo que es claro que este autor no guarda consecuencia en estas dos opiniones, pues si el limitarse la ley á solas las mejoras que se hacen ó consisten en edificios no impide que se estienda su disposicion á otros mejoramientos de diversa especie y naturaleza, porque el que la ley hablando de las casas de mayorazgo no esprese las que se fabriquen de nuevo, sino las que se aumentan ó reparan, ¿no se ha de estender su disposicion á las que de nuevo se fabrican siendo la misma la razon que influye en uno y otro caso?

200 Conociendo asi Juan Gutierrez, al número 6.º del lugar citado, como el señor Castillo en el número 104, §. 3.º, que tan-

to los edificios que se hacen de nuevo en los bienes vinculados, como los reparos que en los mismos se fabrican, se revisten y toman la naturaleza de los bienes á que estan inherentes, y que esta razon podia ser un convencimiento de que la ley de Toro comprendia igualmente las casas que se fabrican de nuevo, como los reparos de las mismas, pues en unos y otros se verifica que se hacen en heredamientos vinculados ó de mayorazgo, creyeron eludir la fuerza de este argumento diciendo que las casas que de nuevo se fabricasen en bienes de mayorazgo se revestian de la naturaleza de estos; pero de aqui no se sigue que la muger del poseedor no deba sacar la parte que le corresponde, ó sus gananciales, y los hijos del mismo sus legítimas.

201 Aunque á primera vista presenta esta esposicion alguna apariencia de solidez, si bien se reflexiona se conocerá que es un mero efugio inventado para sostener una mala causa, como voy á manifestar, simplificando en cuanto sea dable una materia que tanto han obscurecido los que debian aclararla.

202 Si la muger é hijos del que edificó la casa han de sacar respectivamente del valor ó espensas del edificio, es indispensable que se satisfagan, ó de los bienes del mayorazgo, ó de los frutos que perciba del mismo el sucesor del que hizo las mejoras. No se puede prescindir de uno de estos estremos, porque en realidad no hay medio entre ellos, pues el decir que los debe satisfacer el sucesor es lo mismo que pagarlos de los frutos del mayorazgo, y en uno y otro se encuentran los mismos inconvenientes.

203 No pueden satisfacerse de los bienes del mayorazgo porque la enagenacion de estos, por cualquier título que se haga, es nula y de ningun efecto, por ser contra la espresa y literal prohibicion del fundador.

204 Tampoco se deben satisfacer ni de los frutos del mayorazgo, ni de los bienes del sucesor, y la razon es porque los frutos del mayorazgo se hacen del poseedor por razon del dominio que le compete, y de consiguiente no son bienes pertenecientes al mayorazgo, sino del poseedor, y siendo bienes del poseedor, tanto los frutos del mayorazgo, como sus bienes propios y peculiares suyos, si de unos y otros hubiera de sacar la muger del que hizo las mejoras la mitad del valor de ellas, y sus hijos las legítimas, el mismo perjuicio que se intentaba evitar en la muger é hijos del antecesor se causaria á la muger é hijos del sucesor, como ya hice ver al principio del comentario de esta ley, pues otro tanto como importase el valor de las mejoras que habia de satisfacer el sucesor tendria de menos su muger en los gananciales, y sus hijos en las legítimas, de que se convence que siempre que los autores de esta opinion reconozcan que las casas que se hacen de nuevo en bienes de mayorazgo contraen la cualidad de los mismos bienes, es escusado pretender sacar el valor de su importe, porque se incurre en los mismos inconvenientes que quiso precaver la ley en los casos que literalmente espresa.

205 Esto mismo persuade la poca solidez del argumento ó paridad de que se vale el señor Castillo en el número 104 del capítulo citado, donde dice que si una Iglesia se destruye del todo, y posteriormente con licencia del Obispo la reedifica otro, adquiere este último el derecho de patronato, sin que el primer patrono se lo pueda disputar, porque el que reedifica la Iglesia se considera como si desde el principio la hubiera hecho de nuevo; de esta paridad hace uso el señor Castillo para dar á entender que no es lo mismo reedificar ó reparar un edificio antiguo que fabricarlo de nuevo, y de consiguiente que aunque la ley de Toro hable espresamente de las reparaciones de las casas de mayorazgo, no se debe estender á las que se hagan de planta.

206 Para satisfacer este argumento basta advertir la diferencia que hay entre uno y otro caso; el derecho de patronato no se adquiere por el sitio ó suelo sobre que se edifica la Iglesia, sino por la construccion de la misma, y asi siempre que se verifique la ruina de la Iglesia se estingue el derecho de patronato del primero que la edificó, y lo adquiere el que la edifica de nuevo, por la misma razon que la adquirió el primero, que es por haber costeado los gastos y espensas del edificio; no sucede lo mismo en el caso de la disputa, porque bien se repare el edificio antiguo, ó se construya de nuevo, siempre se verifica que se ejecuta en bienes vinculados, y por lo tanto adquiere la naturaleza de ellos, y se siguen los mismos inconvenientes de satisfacer el valor de las espensas á la muger é hijos del que las hizo, como queda demostrado.

207 Para remover todo motivo de du-

da en este punto quiero hacerme cargo de un argumento, que acaso podrá formarse contra los fundamentos de que ahora me valgo para apoyo de esta opinion, cotejándolos con los de otra que defendia arriba, reducida á que el poseedor de buena fé no está comprendido en la decision de la ley de Toro, y por lo tanto no puede impedirsele sacar por lo menos el valor de las mejoras útiles y necesarias que haya hecho en los bienes de mayorazgo. El argumento se forma de este modo: si no hay inconveniente en que el poseedor de buena fé repita el valor de las mejoras del legítimo sucesor del mayorazgo, ó de los frutos de este, tampoco deberá haberlo en que se le conceda la misma repeticion contra el sucesor del mayorazgo á la muger é hijos del que ha edificado una casa de nuevo, pues tanto en el caso del poseedor de buena fé como en este se grava al sucesor con la satisfaccion ó pago del valor de las mejoras, y se priva á su muger é hijos de parte de sus gananciales y legítimas.

208 No se puede negar que á primera vista y de pronto sorprende este argumento y hace concebir una verdadera contradiccion entre estas dos opiniones: pero si se considera atentamente la diferencia que media entre uno y otro caso fácilmente se descubrirá la ilusion.

209 Supuesto que la disposicion de la ley de Toro no comprende al poseedor de buena fé, porque habla del legítimo poseedor del mayorazgo que con conocimiento de que los bienes son vinculados ejecuta las mejoras, como ya manifesté arriba donde fundé esta opinion, resta hacer ver la diferencia que media en cuanto á gravar al sucesor del mayorazgo en el primer caso con el resarcimiento del valor de las mejoras, y no en el segundo.

210 En la suposicion de que no ha de perder el poseedor de buena fé el valor de las mejoras útiles y necesarias que hubiera ejecutado en bienes vinculados, es indispensable que lo satisfaga el sucesor del mayorazgo, ya que no sea de sus propios bienes, por lo menos de los frutos del mismo, sin que obste el perjuicio que indirectamente han de esperimentar la muger é hijos en sus gananciales y legítimas, porque en el conflicto de haber de perder de lo suyo el poseedor de buena fé, y lucrarse la muger é hijos del sucesor del mayorazgo, la razon natural y el derecho disponen que sea preferida la causa del que trata evitar un perjuicio á la del que procura adquirir utilidades.

211 No sucede lo mismo en el caso de que el poseedor del mayorazgo haga las mejoras, porque entonces el poseedor y el sucesor se hallan en una absoluta igualdad, siendo uno y otro dueño y usufructuario de los bienes vinculados, y esta misma igualdad hace que sea mas equitativo y justo que pierda el valor de las mejoras el que voluntariamente las hizo, que no el que le ha de suceder en ellas y ningun influjo tuvo para que se ejecutasen, ni pudo impedir que se hiciesen.

212 Queda, pues, demostrado que tanto en las casas que se hacen de nuevo en bienes de mayorazgo, como en las que se aumentan y reparan, existe y se verifica la razon de decidir de la ley de Toro, y por lo mismo es claro que su decision debe comprender tanto á las casas que se fabriquen de nuevo como á las que se aumenten y reparen, esperimentándose en uno y otro caso los mismos inconvenientes que quiso evitar la ley de que no se gravase al sucesor en el mayorazgo con la satisfaccion del importe ó valor de las mejoras que se habian hecho sin su consentimiento, y de cuya utilidad y producto se habia acaso utilizado mas el autor de ellas que el sucesor.

213 No contento el señor Castillo con seguir la opinion que se ha refutado, pretende, apartándose del dictámen de Gutierrez, que el señor Molina no es contrario á su opinion, porque no habla de los edificios ó casas que se hacen de nuevo en el cap. 26 del libro 2.º *de primogenitis*, donde comenta la ley de Toro; pero se equivoca tanto en este concepto como en la opinion que defiende, pues en el número 16 de dicho capítulo espresamente se propone la duda si la ley solo se ha de entender en las fortalezas, muros y casas de que se hace espresa mencion, ó se ha de estender genéricamente á todos los edificios y mejoramientos que se hagan en bienes vinculados, y positivamente resuelve que como la razon de la ley comprenda igualmente todo lo que se fabrica ó mejora en bienes de mayorazgo, sin que pueda señalarse razon de diferencia de unos casos á otros, y de que los ejemplos de que usa no los trae para restringir su disposicion, sino porque son los que con mas fre-

cuencia ocurren y se practican, y hace la reflexion que habiendo privado la ley á la muger é hijos de la repeticion del valor de las mejoras que se hacen en castillos, cercas y casas, que por lo comun son mejoramientos necesarios, seria un manifiesto absurdo concederla en los demas que son mas voluntarios, y por último dice que la ley espresó las cosas mas dificiles para que en las mas fáciles se practicára lo mismo con mas razon.

214 Ciertamente causa admiracion ver que un autor como el señor Castillo, que reunia una vasta lectura de cuanto habian escrito los comentadores de nuestras leyes con la práctica que adquirió en los varios tribunales de provincia de que fue ministro, se embarazase de una cuestion tan poco fundada, y que elija un estremo que directamente se opone á la generalidad de la razon en que se funda la resolucion de la ley, y directamente incida en los inconvenientes que intenta precaver: si ya que creyó que esta dificultad era tan obscura é implicada que se hacia necesaria la declaracion del Soberano, se hubiera abstenido de entrar á resolverla, contentándose con proponer los fundamentos que habia por una y otra parte, no hubiera elegido un estremo tan poco conforme al espíritu y razon de la ley, y hubiera evitado caer en la inconsecuencia de estender la ley á los mejoramientos que no consisten en edificios, de que no habla, y restringirla á solo los edificios, de que hace espresa mencion, pues menor es la diferencia que hay entre un edificio nuevo y antiguo, que entre un mejoramiento que consista en plantaciones de árboles ó en hacer de regadío las tierras que eran de secano, ú otras de esta especie, y un edificio. Pero se hace muy dificil guardar consecuencia, precision y exactitud cuando se pone mas cuidado en amontonar especies que en digerirlas, de cuyo vicio por desgracia del tiempo en que escribieron adolecen muchos de los autores de la jurisprudencia práctica, y tambien algunos de los mas clásicos autores.

215 Omito detenerme á hablar de otra cuestion que trata Gutierrez en la 83 del lib. 2.º de las civiles, concerniente á si la disposicion de la ley se ha de restringir á solas aquellas casas que se reputan por las principales, y en que ha de habitar el poseedor del mayorazgo con su familia, porque ya anteriormente dejo insinuado lo bastante para conocer lo voluntaria é infundada que es esta duda.

216 El mismo Gutierrez en la cuestion 85 del mismo libro entra á examinar si la disposicion de nuestra ley deberá tener lugar en los vínculos de tercio y quinto que se fundan sin real permiso, y aunque se declara por la sentencia afirmativa por no haber ninguna razon sólida que persuada lo contrario, esto mismo deberia haberle servido de escusa para no detenerse á examinar una cuestion que solo lo es en el nombre.

Ley XLVII de Toro; es la 8.ª, tít. 1.º, libro 5.º de la Recopilacion.

El fijo ó fija casado é velado sea havido por emancipado en todas las cosas para siempre.

COMENTARIO

á la ley 47 de Toro.

1 Dispone la presente ley que el hijo ó hija casándose y velándose se tenga por emancipado en todo para siempre.

2 Siguiendo el método comunmente observado en estos Comentarios de referir las disposiciones del derecho civil concernientes á la materia, y á continuacion la del derecho real, digo que cuatro eran los medios ó modos con que salian los hijos de la patria potestad, á saber: por muerte natural, muerte civil, dignidad del hijo y emancipacion: la muerte natural habia de ser del padre: la civil podia ser del padre ó del hijo, y se verificaba por la *capitis* disminucion máxima y media, que equivalia á una mutacion de la condicion y estado de las personas, por la que dejaban de reputarse por ciudadanos romanos, y era cuando se hacian esclavos perpetuos ó se deportaban á alguna isla: por dignidad tambien salia el hijo de la patria potestad, pero al principio esta dignidad era la de patricio, que era la mayor y mas principal, que equivalia á la de ministro de estado del Príncipe, segun Heinecio en el número 1.º, tít. 12, §. 193 de sus recitaciones de los elementos del derecho civil, ley última C. *de consulibus*, y el §. 4.º de este título de las instituciones. Posteriormente Justiniano estendió esta prerogativa ó privilegio á otras dignidades civiles, y tambien

al obispado, y se refieren en la novela 81.

3 El modo mas comun y ordinario, especialmente en tiempo de la república, de salir los hijos de la patria potestad era la emancipacion, la que se practicaba por ciertas ventas y manumisiones imaginarias, acompañadas de otras varias formalidades y solemnidades que con el tiempo empezaron á hacerse desagradables, por lo que el Emperador Anastasio estableció un nuevo modo de emancipacion, que consistia en un rescripto del Príncipe impetrado en virtud de una peticion del padre, el cual presentándole al juez se ejecutaba la emancipacion consintiéndola el hijo, que habia de haber salido de la infancia, y surtia los mismos efectos que la antigua ley 5.ª C. *de emancipationibus*.

4 No satisfecho el Emperador Justiniano con la disposicion que se ha referido del Emperador Anastasio, anuló y abolió las formalidades que se observaban en lo antiguo en las emancipaciones, y ordenó que los padres directamente pudiesen presentarse ante los jueces ó magistrados competentes á manifestar que dimitian ó sacaban de su potestad á sus hijos ó nietos, lo que aprobado por el juez quedaba concluida y formalizada la emancipacion, y el hijo gozaba el derecho y prerogativas de padre de familias, §. 6.º, institucion de este título, y la ley última C. *de emancipationibus*, debiendo advertirse que por esta nueva forma de emancipacion que estableció Justiniano no se derogó ni alteró la que habia introducido el Emperador Anastasio, como lo observa Heinecio en el título *de patria potestate*, §. 197, en los elementos del derecho civil. En suma todo lo que se ha referido en esta materia resulta del §. inicial y del 1.º institucion *de patria potestate*, y de las demas leyes que se han citado.

5 El derecho real de las partidas siguió las disposiciones del derecho romano, como se echa de ver en la ley inicial del del título 18 de la partida 4.ª, en donde reduce á cuatro los modos de salir de la patria potestad, que son, la muerte natural, el juicio ó sentencia que se da de destierro perpetuo, la dignidad á que asciende el hijo, y últimamente la emancipacion. De la muerte natural trata la ley 1.ª; del juicio ó muerte civil la segunda; de la dignidad la ley 7.ª hasta la 14 inclusive, en las que se refieren las diversas especies de dignidades, por las que el hijo logra el beneficio ó esencion; y de la emancipacion en la ley 15 y 17, donde se exige que en ella ha de intervenir el consentimiento ó voluntad del padre y del hijo.

6 Posteriormente la disposicion de la ley 15, que prescribia el modo y forma con que habia de comparecer el padre y el hijo ante el juez ordinario para formalizar la emancipacion, se moderó y coartó por Don Felipe V en el año de 1713, en que habiéndole consultado el Consejo el notorio perjuicio que se seguia á la utilidad y bien público del estado, de que se permitiera que se ejecutaran las emancipaciones ante cualquier juez ordinario, porque estos sin examinar las causas pasaban libremente á ejecutarlas, y que convendria se mandase á las justicias ordinarias no declarasen ni pudiesen declarar estas emancipaciones, sin que primero den cuenta al Consejo con los instrumentos de la justificacion y causas de ellas, con espresion de que sin esta primera circunstancia se daran desde luego por nulas cuantas hicieren, y habiéndose conformado su Magestad con este parecer del Consejo, mandó que así se ejecutase. Esta última disposicion de nuestro derecho patrio coincide en cierto modo con la emancipacion del Emperador Anastasio, en la que intervenia igualmente la voluntad del padre y del hijo, la autoridad del juez ordinario y el decreto del Príncipe, emanado de su Consejo en representacion de su persona.

7 Hemos visto que ni por derecho civil ni por el real de las partidas se propone el contrato de matrimonio entre los modos de salir los hijos de la patria potestad, y antes bien en uno y otro derecho se encuentran pruebas positivas de lo contrario: en la ley 6.ª, §. 2.º, en la 24, §. 2.º, y en la 37 ff. *ad legem Juliam de adulteris*, en las que se supone á los hijos casados bajo la patria potestad, y lo mismo se observa respecto de las hijas en la ley 1.ª, §. 5.º, y 2.ª *de liberis exhibendis*: en la 1.ª, tít. 17, partida 4.ª, se dispone que los hijos y nietos nacidos de legítimo matrimonio esten bajo la patria potestad del abuelo, lo que supone que el hijo tambien lo lo estaba, y porque podia dudarse si los hijos de hija habian de estar en la potestad de su padre ó del abuelo materno, declara la ley 2.ª del mismo título que deben estar bajo la potestad de su padre.

8 La primera ley que se encuentra en nuestros códigos legales, que puede tener alusion á si los hijos casados salian de la patria potestad por el matrimonio es la 8.ª, tít. 11, libro 1.º del fuero real, en la que se aprueba como válido el contrato celebrado entre el padre y el hijo, si este estaba casado, administraba sus bienes y era mayor de 25 años. Aunque podia dudarse si se requerian copulativamente todas estas condiciones para que el hijo se tuviese por emancipado, Rodrigo Suarez, esponiendo dicha ley en el número 19, es de sentir que en ella se pide la edad de 25 años, refiriéndose al derecho comun en cuanto á la validacion del contrato, pero no porque fuese esta edad necesaria para libertar al hijo de la patria potestad, y afirma que no vió se declarase en juicio ser necesarias todas las referidas cualidades simultáneamente para que el hijo saliese de la patria potestad, y en el número 38 asegura que el matrimonio no solo saca á los hijos del poder de sus padres, sino que suple la edad, y hace que los hijos ó hijas se consideren de edad suficiente y cumplida para obligarse en el contrato de préstamo, citando en su apoyo la ley 207 de estilo.

9 Montalvo en la citada ley del fuero, verbo, fueren casados, advierte que su disposicion es singular, y que de ella se infiere que por el matrimonio el hijo se hace *sui juris* ó padre de familias; y en la ley 7.ª, tít. 4.º, número 3.º del fuero real, comentando las palabras si el hijo antes que case, dice, advierte este nuevo derecho, porque por el sentido contrario, contraido el matrimonio, lo que gana el hijo no es para el padre, lo que nota porque la ley dispone que lo que gana el hijo que está con su padre antes que se case, por su trabajo ó por donacion del Rey ó de otro cualquiera, no esté obligado á partirlo con sus hermanos á la muerte de su padre.

10 Diego Perez en la ley 3.ª, tít. 11, libro 4.º del ordenamiento real, opina lo mismo con referencia á la presente ley, y asi tengo por inútil detenerme á referir opiniones de dichos autores, estando tan claramente decidido por la presente ley que el hijo ó hija casándose y velándose sale de la patria potestad, lo que tambien se observa en Francia por sus costumbres, como lo afirma Covarrubias *de sponsalibus*, parte 2.ª, cap. 7.º, §. 1.º, número 16, con referencia á Tiraquelo, diferenciándose nuestra ley en que esta á mas exige las velaciones y bendiciones de la iglesia.

11 Esponiendo Gregorio Lopez la ley 5.ª, tít. 5.º, partida 6.ª, glosa 4.ª, dice con referencia á las velaciones, que le hizo siempre dudar del motivo y razon final que tuvo la presente ley para pedir este requisito, porque antes de ella no pedian tal condicion ni las leyes del fuero ni la ordenacion de Sepúlveda, ni la costumbre ni práctica exigia otra cosa que el contrato del matrimonio para libertarse el hijo de la patria potestad, y es de parecer que la palabra *velado* mas bien ha sido un seminario de pleitos, segun oyó á un hombre muy docto cuando él era jóven y estudiaba, que no el que haya traido alguna utilidad, y se inclina á que el haber usado la ley de aquella palabra no tanto tuvo consideracion á que eran necesarias las velaciones, cuanto á que por lo comun despues de ellas el hijo se separa del padre y lleva la muger á su propia casa.

12 Se hace reparable que un hombre tan docto y juicioso, como sin disputa lo fue Gregorio Lopez, dude de la razon que pudo haber tenido la presente ley para exigir como un requisito indispensable las bendiciones de la iglesia á fin de que los hijos por el contrato de matrimonio salgan de la patria potestad, y pasando á indicar los fundamentos de su duda, dice que ni por las leyes del fuero, ni por la ordenacion de Sepúlveda, ni por la costumbre y práctica se pide otro acto ó requisito para que los hijos queden fuera de la patria potestad que la mera y simple celebracion del matrimonio, de que infiere estaba por demas que la ley hubiera añadido las velaciones ó bendiciones de la iglesia. Si el silencio de las leyes anteriores y el defecto de la costumbre y práctica que alega Gregorio Lopez fuera una razon suficiente para impedir la resolucion de la ley, tendriamos que deducir la absurda consecuencia de que los legisladores nada debian disponer de nuevo, sino conformarse con lo que ya estaba establecido.

13 Si Gregorio Lopez hubiera hecho una detenida reflexion sobre la disposicion de nuestra ley, tan lejos habria estado de estrañarla que antes bien deberia haber admirado el gran juicio y prudente economía con que procedieron los Reyes católicos en su formacion. Se trataba de conceder al ma-

trimonio una gracia y prerogativa de que hasta entonces habian carecido los casados, pues la ley del fuero que se ha citado estaba harto confusa y dudosa en su resolucion; y teniendo presente la antigua y constante costumbre y práctica observada en la Iglesia de bendecir los matrimonios, creyeron no solo convincentes sino justo, hacer depender la gracia que dispensaban á los casados de salir de la patria potestad por el matrimonio de la obligacion que los Papas y concilios habian establecido, de que los que los contraían recibiesen la bendicion del sacerdote al tiempo de celebrarlos, de forma que bien mirado, los Reyes católicos en la disposicion de esta ley unieron y combinaron la concesion de una gracia con la precision de cumplir una obligacion anteriormente establecida, lo que ofrece un testimonio irrefragable de la finura y delicadeza con que procedieron nuestros legisladores en la formacion de esta ley.

14 Tiene un orígen tan antiguo la bendicion de los matrimonios, que Gonzalez Tellez en el Comentario al cap. 1.º de las decretales *de secundis nuptiis*, número 7.º, le hace descender de la que Dios echó á Adan y Eva cuando los casó, segun consta del cap. 1.º, versículo 28 y 29 del Génesis, y sucesivamente refiere la bendicion que Raquel dió al matrimonio que Tobías el jóven celebró con su hija, y á continuacion, viniendo á los tiempos de la Iglesia, cita los testimonios de Tertuliano, san Ambrosio y san Isidoro, que hacen mencion de esta bendicion, y varias decretales de Pontifices y cánones de concilios hasta el tiempo en que se celebró el de Trento, el cual en observancia de lo que antes tenia mandado la Iglesia, creyó conveniente en el cap. 1.º de la sesion 24 *de reformatione matrimonii* exhortar á los casados que antes de recibir en el templo la bendicion sacerdotal no habiten en una misma casa, y estableció que la bendicion la recibiesen del propio párroco, á no ser que interviniese dispensa ó concesion del ordinario.

15 Van-Spen en el tomo 2.º, parte 2.ª, seccion 1.ª, tít. 12 *de sponsalibus et matrimonio*, cap. 6.º *in jus eclesiasticum universum*, afirma que desde los primeros siglos de la Iglesia se celebraban los matrimonios entre los cristianos delante de un sacerdote con ciertos ritos sagrados y bendiciones, y advierte que sin embargo de que no pertenecian á la esencia del matrimonio, su omision, no habiendo necesidad ó dispensa, era ilícita y prohibida.

16 Benedicto XIV en el número 8.º, capítulo 12 *de sinodo diocesana*, trata este mismo punto con la solidez y erudicion que acostumbra, é indica que cuando en el concilio de Trento se trató de esta materia algunos fueron de parecer que los matrimonios que se celebraban sin la bendicion sacerdotal eran nulos, y últimamente el P. don Cárlos Charlon en su historia de los Sacramentos, tratando del de el matrimonio, art. 2.º, atestigua la misma práctica que la Iglesia tuvo desde los primeros siglos de bendecir los matrimonios.

17 No es menos reparable el asenso que da Gregorio Lopez á lo que dice oyó á un hombre muy docto de que el requisito de las velaciones mas habia sido un seminario de pleitos que una cosa útil y provechosa. No le niego á este hombre que Gregorio Lopez gradúa de muy docto la ciencia que le atribuye; pero en mi concepto lo seria en otras materias, pero no en la presente, pues á ser cierto lo que asegura, esperimentariamos en nuestros dias el mismo seminario ó causa de pleitos que antiguamente se notó de resultas de la disposicion de la ley, lo que ciertamente no sucede ni habia motivo para temerlo siendo las velaciones un acto solemne, de que consta en debida forma en los libros parroquiales, adonde en caso de duda era fácil recurrir para su averiguacion. Esta misma reflexion he visto despues que la trae Acevedo en el Comentario á esta ley, número 2.º, con referencia á la doctrina de Gregorio Lopez.

18 Tambien es harto irregular la interpretacion que intenta dar á nuestra ley Gregorio Lopez, cuando dice se inclina á que el haberse usado en ella de la palabra *velado*, no tanto fue en consideracion á que fuesen necesarias las velaciones, cuanto á que por lo comun despues de ellas el hijo se separa de su padre y lleva la muger á su propia casa; pero si hubiera sido esta la intencion de la ley, ¿qué dificultad ni impedimento habia en que en lugar de velado hubiera dicho, que casándose el hijo, y llevándose la muger á su propia casa, se tuviera por emancipado? Ciertamente ninguno.

19 Si la ley se hubiera valido de las espresiones que ahora echa menos Gregorio Lopez, acaso pretenderia él mismo que su intento no era conceder al hijo salir de

la patria potestad por haberse casado y llevado la muger á su propia casa, sino porque cuando esto se verifica se presume que ya han precedido las velaciones. Si se admiten tan voluntarias interpretaciones contra las palabras terminantes y espresas de las leyes, ninguna podrá formarse que no esté espuesta á que los espositores le atribuyan un sentido contrario á su disposicion, por mas claras que sean sus palabras, por lo que con razon el jurisconsulto Paulo, precaviendo este abuso de los espositores, establece en la ley 25, §.º 1.º, ff. *de legatis*, que en donde no hay duda en las palabras de la ley no se debe admitir ninguna cuestion voluntaria, *ib. cum in verbis nulla ambiguitas est, non debet admitti voluntatis quæstui.*

20 Paso á proponer una nueva duda que directamente se deduce de las palabras de la ley contra la disposicion de la misma: digo nueva porque no la encuentro indicada por ninguno de los varios espositores de nuestro derecho real que tengo á mano y he reconocido. Ordena la ley que el hijo ó hija casado y velado sea tenido por emancipado en todas las cosas para siempre. En esta esposicion se pregunta si el hijo de familias que contraía su matrimonio con una viuda que ya habia sido velada gozaria del beneficio que la ley le concede.

21 El fundamento en que estriba esta duda se halla en el cap. 3.º de las decretales de Gregorio IX, del título *de secundis nuptiis*, mucho anterior á la formacion de nuestra ley; en él prohibió el Papa Urbano III que se bendijese el segundo matrimonio en que alguno de los contrayentes habia ya sido bendecido en el primero, con que consistiendo las velaciones en la bendicion nupcial, se hace preciso decir que si la muger que contraía el segundo matrimonio habia sido bendecida en el primero, no podria bendecirse el segundo, y de consiguiente el hijo de familias en este caso no gozaria del beneficio que le dispensaba la ley de salir de la patria potestad por el matrimonio, á causa de que le faltaba el requisito indispensable que exigia la ley de ser velado ó recibir las bendiciones nupciales.

22 Hemos visto que Urbano III prohibió que se bendigese el matrimonio segundo, cuando alguno de los contrayentes habia sido bendecido en el primero, bien fuese el varon ó la muger; posteriormente el Papa Juan XXII ordenó en una estravagante que no se halla impresa, y la cita Covarrubias *de matrimonio*, parte 2.ª, cap. 8.º, §. 11, que cuando alguno de los contrayentes no hubiese sido bendecido en el primer matrimonio se bendijese el segundo. El concilio de Trento nada innovó ni decidió en este punto en su famoso decreto en que declaró nulos é írritos los matrimonios clandestinos.

23 Opinan con variedad los autores, asi teólogos como canonistas, acerca de lo que deba observarse en este punto. Santo Tomás *in* 4.ª *sentent. distinct.* 42, cuestion 3.ª al fin, es de parecer que si en el primer matrimonio no ha sido bendecida la muger, aunque lo haya sido el hombre, debe repetirse la bendicion en el segundo, cuya opinion, segun Covarrubias en el lugar citado, está mas comunmente recibida en la práctica. Diego Perez en el Comentario á la ley 5.ª, tít. 1.º del libro 5.º del ordenamiento real, cita la estravagante de Juan XXII; y aun refiere sus palabras, y se inclina á que debe seguirse esta decision. Tomás Sanchez en el libro 7.º *de impedimento matrimonii*, disputacion 82, número 23, tratando de lo que debe observarse en este punto, se inclina á que siempre que alguno de los que contraen el segundo matrimonio no ha sido bendecido en el primero, debe darse la bendicion, la que dice es mas conforme á la estravagante de Juan XXII.

24 Gutierrez en el tratado de matrimonio, parte 3.ª, cap. 106, en el número 14 trata este mismo punto, y despues de suponer que hay varias opiniones contrarias, las que refiere Sanchez en el lugar citado, y que el concilio de Trento cuando manda generalmente que han de intervenir las bendiciones nupciales en los matrimonios, debe entenderse del primero, y si se ha de entender del segundo es cuando no esté prohibido por el derecho canónico, es de parecer que se ha de estar á lo que se observe en cada diócesis, segun el manual que rija en ella para la administracion de los sacramentos, y en comprobacion cita el manual de Ciudad Rodrigo, impreso el año de 1569, donde se dispone que si la muger era viuda, y habia recibido ya las bendiciones, se omita todo lo que sigue, esto es, la bendicion nupcial; pero si no habia sido bendecida se proceda en la forma ordinaria bendiciendo el matrimonio, y con

referencia á otro manual posterior del año de 1585, dice que en él se previene que el segundo matrimonio no se ha de bendecir, y llama segundo al que lo es de parte de la muger, aunque no lo sea de parte del hombre, y prosigue diciendo que en este caso no se ha de decir la misa de bodas ó matrimonios, sino la comun y oficio corriente, y han de estar los casados en la Iglesia separados del altar, y en seguida pone la oracion que ha de decir el sacerdote, y al fin la bendicion que han de recibir en el nombre del Padre, del Hijo y del Espíritu Santo.

25 En el manual del arzobispado de Toledo se observa puntualmente la misma práctica que se refiere en el que cita Gutierrez.

26 En el ritual romano, §. 15, título 41, se previene al párroco que no bendiga á los casados cuando en primeras nupcias recibieron la bendicion, bien sea la muger ó el hombre el que se casa segunda vez, y que donde se observa la costumbre que si la muger no se ha casado otra vez aunque se haya casado el hombre se bendiga el matrimonio, se observe dicha costumbre; pero que el matrimonio en que se casa una viuda no se bendiga, aunque el marido no se haya casado otra vez. Esponiendo este texto Barrufaldo en su Comentario al ritual romano, establece la siguientes reglas: el hombre y la muger que se casan la primera vez han de ser bendecidos: el hombre que se casa segunda vez con una muger que antes no ha sido casada pueden bendecirse, si hay costumbre de ello: el hombre que se casa por primera vez con muger que ya ha sido antes casada no deben ser bendecidos: el hombre y la muger que se casan por segunda vez no deben ser bendecidos.

27 Segun la práctica generalmente observada con arreglo á lo que se previene en los citados rituales de que no se den las bendiciones nupciales á los matrimonios en que la muger ya ha sido bendecida, aunque nó el marido, parece que en el caso de la duda propuesta arriba deberá decirse que el hijo de familias que contrae matrimonio con una viuda que ya antes ha sido bendecida, no saldrá de la patria potestad en virtud de la presente ley de Toro, porque aunque sea cierto que haya contraido el matrimonio no se ha verificado el segundo requisito que exige la ley como preciso de recibir las bendiciones nupciales para libertarse de la patria potestad.

28 Sin embargo de lo que queda espuesto acerca de la práctica generalmente observada de no darse las bendiciones al matrimonio en que la muger ha sido ya antes velada, tengo por cierto decir que el hijo de familias en el caso de la duda suscitada saldrá de la patria potestad por el mero hecho de contraer el matrimonio, aunque no haya sido velado. El fundamento de esta opinion lo tomo de la disciplina que regia en la Iglesia con respecto al contrato del matrimonio cuando se formó nuestra ley. Es constante que antes de la celebracion del santo concilio de Trento eran válidos y legítimos los matrimonios clandestinos, en tanto grado que los esponsales de futuro pasaban á ser matrimonio de presente por la cópula carnal, segun consta del cap. 15 y 30 *de sponsalibus et matrimonio*, de las decretales de Gregorio IX.

29 Deseando nuestros legisladores fomentar la celebracion de los matrimonios, por cuyo medio se aumenta la poblacion, que es la felicidad mas sólida de los estados, segun lo enseña el Espíritu Santo en el capítulo 14 de los proverbios *in multitudine populi dignitas regis*, se propusieron conceder á los hijos el beneficio de salir de la patria potestad por el matrimonio, escitándolos con este aliciente á su celebracion, en lo que se echa de ver la ventaja que nuestra ley hizo á la famosa del Emperador Augusto, llamada Julia Papia Poppea, *de maritandis ordinibus*, en la que no le ocurrió valerse de un medio tan útil y beneficioso á los hijos, y poco gravoso á los padres, habiendo dispuesto en el cap. 35 de dicha ley que á los padres que teniendo hijos en su potestad les impedian sin justa causa contraer matrimonio, el pretor de la ciudad los compeliese á darles su permiso.

30 Por ella directamente se violentaba la voluntad de los padres para dar su consentimiento al hijo para casarse, sin proporcionar á este otro estímulo que el comun de la naturaleza, cuando por nuestra ley ninguna violencia se hacia á la voluntad del padre para forzarlo á dar su consentimiento; y por otra parte á mas del estímulo de la naturaleza le concedia la ley el beneficio de salir de la patria potestad, y gozar de la prerogativa de padres de familias.

31 He dicho que el privilegio que nuestra ley concedió á los hijos era poco gravoso á los padres, con respecto al perjuicio que estos esperimentaban en virtud de la

ley Julia, porque permaneciendo el hijo en la patria potestad despues de contraido el matrimonio, continuaba el padre en la obligacion de mantenerlo, y á mas de alimentar á su muger y familia, de cuyo gravámen se libertaba el padre por la disposicion de nuestra ley, porque saliendo el hijo de la patria potestad quedaba el padre libre de la obligacion de mantenerlo. Es, pues, á todas luces claro que nuestra ley contiene una disposicion mas sábia, política y justa que la de Augusto en el capítulo que se ha citado.

32 Al mismo tiempo que tuvieron á bien nuestros legisladores promover con premios la celebracion de matrimonios, estendieron tambien sus miras políticas y aun religiosas á precaver los males que se originaban de los matrimonios clandestinos, y asi dispusieron que el beneficio que dispensaban al hijo de salir de la patria potestad por medio del matrimonio habia de ser con la precisa é indispensable condicion de recibir las bendiciones de la Iglesia, ó velarse, que en realidad equivalia á decir con tal que el matrimonio no fuese clandestino, sino que se celebrase *in facie Eclesiæ*.

33 Que fuese este el fin que se propuso la ley en su disposicion se persuade de que el objeto primario y directo que se proponen los legisladores es el de precaver los males políticos contrarios al buen régimen y gobierno del estado, y como de los matrimonios clandestinos nacia la incertidumbre de los mismos, por no poderse probar con testigos, y de consiguiente la duda de la legitimidad de la prole, cuyos males son de la mayor trascendencia en un estado, deseando los Reyes católicos remediarlos en cuanto alcanzaban sus facultades, discurrieron el sábio y prudente medio de que el estímulo que daban á los hijos de familia para aumentar los matrimonios, sirviese al mismo tiempo de impedimento y estorbo para disminuir los clandestinos.

34 Los daños y perjuicios que se seguian de los matrimonios clandestinos en lo político, los indicaron ya antes con respecto á lo moral los Papas Alejandro III é Inocencio III, como puede verse en los tres únicos capítulos de que se compone el título de las decretales *de clandestina desponsatione*. Nuestro Rey don Alonso el sábio en su famosa obra de las partidas, teniendo sin duda presentes los capítulos citados de las decretales, despues de referir en la ley 1.ª, tít. 1.º, partida 4.ª, los modos con que podia celebrarse el matrimonio clandestinamente, á saber, sin testigos con que pudiese probarse, sin intervenir la voluntad de los padres ó parientes, y cuando no se publicaban en la Iglesia antes de contraerse, afirma que la razon que tuvo la Iglesia para prohibir que los casamientos se hicieran clandestinamente fue para precaver que si hubiese discordia entre marido y muger, y alguno de ellos no quisiese vivir con el otro, aunque el casamiento fuera verdadero pudiera compeler al que se queria separar, lo que no podria hacer habiendo sido el matrimonio clandestino por la imposibilidad de poderlo probar.

35 Habiendo pues manifestado que el fin que se propusieron nuestros legisladores en exigir las bendiciones de la Iglesia para que los hijos saliesen de la patria potestad por el matrimonio fue el de impedir la celebracion de los matrimonios clandestinos, estando ya declarados írritos por el santo concilio de Trento, y dispuesto que para que los matrimonios sean válidos y legítimos se hayan de celebrar ante el propio párroco y dos ó tres testigos, es á todas luces claro que ya no puede haber matrimonios clandestinos, y de consiguiente ha cesado generalmente el fin que se propuso la ley, en cuyo caso es bien sabido y constante que cesa generalmente su disposicion.

36 Con lo que se ha dicho se ha hecho demostrable que en el caso de la duda propuesta sale el hijo de la patria potestad por el matrimonio, aunque no reciba las bendiciones de la Iglesia en virtud de la costumbre generalmente observada de que no se bendiga el matrimonio que se celebra con una viuda que ya ha sido velada. En tanto grado tengo por cierta esta opinion, que aun debe tener lugar en el caso que los casados voluntariamente se abstengan de las bendiciones de la Iglesia, y la razon es la misma que dejo manifestada en el párrafo antecedente, de que habiendo cesado del todo el fin que se propuso la ley en exigir las velaciones para que los hijos saliesen de la patria potestad por el matrimonio, es consiguiente que haya cesado tambien su disposicion en esta parte.

37 Tengo por ocioso advertir que el hijo que una vez salió de la patria potestad por el matrimonio nunca vuelve á en-

trar en ella aunque haya faltado la causa de su concesion, lo que espresan bien claro las palabras de la ley diciendo que sea habido por emancipado en todas las cosas para siempre, lo que no podia verificarse si en algun caso volviera á la potestad de su padre.

38 Concluyo este Comentario recordando la estrañeza y disonancia que dice Gregorio Lopez le causó el que la ley hubiera exigido como condicion precisa para que los hijos saliesen de la patria potestad el que se velasen ó recibiesen las bendiciones de la Iglesia, cuando hemos visto que el fin que se propuso en tan sábia disposicion no fue de menor importancia que el de disminuir el número de los matrimonios clandestinos, coartando el beneficio de su concesion á los que se contraian públicamente *in facie ecclesiæ.*

39 Tambien recuerdo la proposicion que dice el mismo Gregorio Lopez oyó á aquel varon muy docto, reducida á que el requisito de las velaciones que exigió la ley mas habia sido un seminario de pleitos que una cosa útil y provechosa, y supuesto lo que repetidas veces se ha dicho de que esta disposicion se dirigia á impedir los matrimonios clandestinos, y fomentar los públicos, dejo al juicio de mis lectores si cabe la menor sombra de duda de que cuanto mayor dificultad se encontraba en probar aquello, tanto menor era la que se ofrecia en probar esto, como que se habian celebrado públicamente *in facie ecclesiæ.*

Ley XLVIII de Toro; es la 9.ª, tít. 1.º, libro 5.º de la Recopilacion.

Mandamos que de aqui adelante el fijo, ó fija casándose é velándose ayan para sí el usofructo de todos sus bienes adventicios, puesto que sea vivo su padre, el cual sea obligado á ge lo restituir, sin le quedar parte alguna del usofructo dellos.

COMENTARIO

á la Ley 48 de Toro.

1 Dispone la presente ley que el hijo ó hija casándose y velándose adquieran el usufructo de todos sus bienes adventicios, aunque viva su padre, el cual está obligado á restituírselo íntegramente sin retenerse parte alguna de dicho usufructo.

2 Para hacer mas clara y perceptible la decision de esta ley conviene recordar lo que era el peculio de los hijos de familias, y el derecho que adquirian en él los padres, segun las leyes de los romanos. Se llamaba peculio el pequeño patrimonio que tenian los hijos que estaban bajo la patria potestad, separado de los bienes de sus padres, segun la ley 5.ª, §. 3.º, ff. *de peculio.* Este era de dos especies, á saber, militar y pagano, y cada una de ellas se subdividia en otras dos especies subalternas: el militar en castrense y cuasi castrense, y el pagano en profecticio y adventicio.

3 El peculio castrense constaba de aquellos bienes que ganaba el hijo en la guerra ó en el servicio de las armas, ley 11, ff. *de castrensi peculio, y* 1.ª, C. del mismo título. El cuasi castrense, que se introdujo á imitacion del castrense, se constituía de los bienes que adquiria el hijo por sus estudios ó artes liberales, ó provenian de emolumentos de oficios públicos, ley última C. *de inofficioso testamento*, y la 14 C. *de advocat. divers. judic.* El profecticio se componia de los bienes que recibia el hijo del padre, ó se los daban los estraños por contemplacion de este, §. 1.º, *institutionum, per quas personas &c.*

4 El adventicio constaba de todos los demas bienes que adquiria el hijo, bien fuesen de su madre ó de los parientes de la misma, de ganancias nupciales, legados ó herencias de los amigos, y finalmente de todos los demas bienes que adquiria por su trabajo ó por casualidad ò fortuna, §. 1.º, *institutionum per quas personas cuique &c.*

5 Habiendo manifestado los diversos bienes que se comprendian en cada una de las varias especies de peculio, resta manifestar qué derecho competia á los padres y á los hijos en los mismos, para lo cual deben observarse las siguientes reglas: el peculio castrense y cuasi castrense, ó los bienes comprendidos en ellos, pertenecian al hijo con pleno dominio, de forma que podia disponer de ellos á su voluntad, §. inicial *institutionum, quibus non est permis. fac. testam.*, y segun Heinecio en el lib 2.º, tít. 9.º de sus recitaciones á los elementos del derecho civil, §. 478, desde el tiempo de Augusto, que se empezó á escitar con premios á la milicia, se concedió á los que hacian profesion de ella el hacer suyo el peculio castrense, y posteriormente en tiempo de Hadriano y Antonino Pio, que es-

tendió la misma gracia al peculio cuasi castrense, por lo que los hijos eran tenidos como padres de familia respecto de los bienes castrense y cuasi castrenses, ley 2.ª, ff. *de senatu consulto Macedonio.*

6 Es regla constante por lo que hace al peculio profecticio que este pertenece al padre con pleno dominio, sin que tenga el hijo otra cosa mas que la administracion, §. 1.º del citado tít. 9.º de las instituciones. No sucede lo mismo en el peculio adventicio, en el cual la propiedad ordinariamente reside en el hijo, y el usufructo y la administracion en el padre. Para la debida inteligencia de esta regla debe tenerse presente que en tiempo de la república con igual derecho pertenecian al padre los bienes comprendidos en el peculio adventicio que en el profecticio; pero posteriormente el Emperador Constantino Magno concedió á los hijos la propiedad de los bienes maternos, y dejó á los padres solo el usufructo, ley 1.ª. C. *de bonis maternis.* Consiguiente á esta concesion del Emperador Constantino dispusieron los Emperadores Graciano, Valentiniano y Theodosio que los hijos gozasen de igual beneficio en los bienes que adquiriesen de sus parientes de parte de madre, ley 6.ª, C. Theodosiano *de bonis maternis*, y algun tiempo despues se estendió la misma gracia á los bienes que adquiria el hijo en virtud de matrimonio ó esponsales, como consta de la ley 1.ª, 4.ª y 5.ª, C. *de bonis quæ liberis*, que son de los Emperadores Theodosio, Valentiniano, Leon y Antimio, y últimamente el Emperador Justiniano estendió generalmente esta disposicion á todos los bienes adventicios, §. 1.º, *institutionum.* lib. 2.º, tít. 9.º, y la ley 6.ª, C. *de bonis quæ liberis &c.*

7 Sin embargo de esta disposicion general de Justiniano en virtud de la cual el hijo adquiere el dominio de los bienes adventicios, y el padre goza de solo el usufructo, hay varios casos que refiere Heinecio en el lib. 2.º, tít. 9.º, §. 480 de sus recitaciones, en que el hijo no solo tiene el dominio de los bienes adventicios, sino tambien el usufructo, por cuya razon divide el peculio adventicio en ordinario ó regular, y en estraordinario é irregular, que es en el que pertenece al hijo el dominio y el usufructo de los bienes comprendidos en él, y advierte que aunque este peculio adventicio irregular parece que se asemeja al castrense y cuasi castrense, se diferencia en que el hijo no puede testar de los bienes comprendidos en aquel, y sí en los de estos.

8 Débese advertir que aunque el Emperador Constantino fue el primero que concedió á los hijos el dominio de los bienes maternos que hasta entonces habia pertenecido á los padres, sin embargo en tiempo del Emperador Hadriano y Antonino Pio ya privaron á los padres en algunos casos del dominio de los bienes que adquirian los hijos, como consta de la ley 50, ff. *ad senatum consultum Trebellianum*, y la 52, ff. *de adquirenda vel omittenda hereditate*, segun lo observa Heinecio en sus antigüedades romanas en el citado tít. 9.º, §. 2.º, nota B. El orígen de estas concesiones, que como hemos visto sucesivamente fueron haciendo los emperadores romanos á los hijos de familia, dimanaba del principio establecido por Rómulo, y observado por todo el tiempo de la república, de que los hijos que estaban en la patria potestad á semejanza de los siervos, no se consideraban por personas, sino por cosas, y era axioma legal que lo que se adquiere por sí ó por cosa que le pertenece lo hace suyo.

9 Todas las disposiciones del derecho romano que se han referido acerca de las diversas especies de peculio, y del dominio que adquirian los padres é hijos de familias en los bienes comprendidos en los mismos, se hallan establecidas y confirmadas por nuestro derecho real de las partidas, como puede verse en las leyes 5.ª, 6.ª, y 7.ª del tít. 17 de la partida 4.ª

10 Despues de haber visto el dominio que pertenecia y tenian los padres en virtud de la patria potestad en los bienes que adquirian los hijos de familias, se hace indispensable indicar la parte que los mismos padres retenian ó perdian de los bienes de sus hijos cuando estos salian de la patria potestad, y se hacian *sui juris* ó padres de familias.

11 Supuesto los modos ó medios por los que salen los hijos de la patria potestad, que asi por derecho civil ó romano como por el real de las partidas se reducen á cuatro, á saber, por la muerte natural ó civil del padre, por dignidad del hijo, y finalmente por emancipacion, y supuesto tambien que la precedente ley de Toro dispuso y ordenó que por matrimonio y velaciones saliese el hijo de la pa-

tria potestad, y fuese tenido por padre de familia, conviene tener presente qué parte ó porcion retenia el padre de los bienes adventicios del hijo, cuando este salia de la patria potestad, para venir en conocimiento de la conformidad ó alteracion que guardó ó causó la presente ley con respecto á las disposiciones que anteriormente regian.

12 Es constante que por el derecho romano anterior á los tiempos del Emperador Justiniano adquiria el padre por la emancipacion la tercera parte del dominio de los bienes adventicios del hijo; pero dicho Emperador varió esta disposicion, ordenando que en lugar de la tercera parte del dominio retuviese el padre la mitad del usufructo de los mismos bienes, segun consta del §. 2.º, tít. 9.º, lib. 2.º de las instituciones *per quas personas cuique adquiratur*, y de la ley 6.ª, C. §. *cum autem de bonis quæ liberis* &c., con cuya disposicion está conforme la ley 15, tít. 18, partida 4.ª

13 Como la disposicion de la presente ley no habla del caso de la emancipacion, en virtud de la cual se desprendia el padre voluntariamente y con ciertas formalidades que se habian de practicar ante el juez competente de la potestad que ejercia en el hijo, sino de cuando este se casaba y velaba, lo dispuesto acerca de la emancipacion voluntaria otorgada por el padre no parece puede tener lugar y aplicarse al caso del matrimonio, con el que tienen mas analogía aquellas disposiciones que eximian á los hijos que obtenian ciertos empleos ó dignidades de la patria potestad, sobre cuyo punto convendrá ver cómo opinan nuestros autores nacionales.

14 Gregorio Lopez en la glosa 6.ª á la ley 15, tít. 18, partida 4.ª, es de dictámen de que cuando no es el padre sino la ley la que hace la emancipacion, no puede este retener la mitad de usufructo de los bienes del hijo, y cita en su comprobacion la novela 81, la que en ninguno de los tres capítulos que en la misma se contienen hace mencion de privar á los padres de la parte que les correspondia por la emancipacion en los bienes de los hijos, y solo en el capítulo 2.º declara que los hijos que salen de la patria potestad en virtud de alguna dignidad no pierdan el derecho que tenian á la legítima de los bienes de sus padres.

15 Palacios Ruvios en la repeticion de la rúbrica *de donationibus inter virum et uxorem*, §. 42 al fin, Rodrigo Suarez *in quæstione majorat.*, y Antonio Gomez al número 6.º del Comentario á esta ley, §. *item, etiam tertio infero*, afirman que el padre retiene en sí todo el usufructo de los bienes adventicios del hijo cuando este sale de la patria potestad por la emancipacion que proviene de la disposicion de la ley, como sucede en las dignidades de que hace mencion la citada novela, en que se incluye la del obispado, y se refieren en la ley 7.ª, tít. 18, partida 4.ª, Acevedo en el Comentario á esta ley, número 2.º, se conforma con el dictamen de los autores citados, y opina que la disposicion de la presente ley se dirige á esceptuar de la regla indicada el caso de que el hijo salga de la patria potestad casándose y velándose.

16 En esta variedad de opiniones tengo por mas fundada y conforme á las disposiciones de derecho la que se ha referido de los autores últimamente citados, esto es, que los padres no pierden, sino que retienen el usufructo íntegro de los bienes adventicios de los hijos cuando estos salen de la patria potestad en virtud de algun empleo ó dignidad que el príncipe les confiera.

17 El fundamento de esta opinion estriba en que se halla establecido por la ley 1.ª, C. *de bonis maternis*, y por la 6.ª, C. *de bonis quæ liberis*, y por otras varias, que cuanto adquieran los hijos de sus madres ó parientes maternos, bien sea por testamento ó sin él, ó de otras cualquiera personas, ó por su industria y trabajo, pertenezca á los mismos en propiedad, y solo el padre tenga la facultad de percibir el usufructo de dichos bienes por los dias de su vida. De esta regla que atribuye al padre el usufructo íntegro de los bienes adventicios del hijo solo encontramos una escepcion, que es cuando los hijos salian de la patria potestad por medio de la emancipacion, en cuyo caso los padres retenian para sí en lo antiguo la tercera parte del dominio de los bienes adventicios de los hijos, y posteriormente por disposicion del emperador Justiniano se redujo y limitó el derecho que tenian los padres á que únicamente pudiesen retener la mitad del usufructo de los bienes adventicios de los hijos, en lugar de la tercera parte del dominio ó propiedad que antes se les concedia, segun consta del §. 2.º

de las instituciones de Justiniano *per quas personas cuique adquiratur*, y de la ley 6.ª; C. *de bonis quæ liberis*, con quienes concuerda la ley 5.ª, tít. 17, partida 4.ª, y la 15, tít. 18 de la misma partida.

18 Supuesto este derecho cierto é incontestable que los padres tienen por las leyes al usufructo íntegro de los bienes adventicios de los hijos todo el tiempo que permanecen en la patria potestad, y á la mitad del mismo usufructo cuando salen de ella por medio de la emancipacion, se deduce por una consecuencia legítima y fundada que siempre que las leyes eximan á los hijos de la patria potestad en virtud de algunos empleos ó dignidades, bien sean seculares ó eclesiásticas, como son las que se refieren en el capítulo 1.º y 3.º de la novela 81 del Emperador Justiniano, en cuyo tercer capítulo se espresa la dignidad de obispo, y no priven á los padres del derecho de usufructo que antes tenian en los bienes de sus hijos, se entiende que se lo conservan íntegramente y sin diminucion alguna, y como en la citada novela ni en ninguna otra ley se haga la mas mínima espresion de privar á los padres del usufructo que les competia en los bienes adventicios de sus hijos, es manifiestamente claro que cuando los hijos salen de la patria potestad en virtud de algun empleo ó dignidad, no quisieron los legisladores defraudar á los padres del derecho que tenian.

19 El mismo silencio se advierte en las leyes de partida que señalan las dignidades ó empleos por los cuales salen los hijos de la patria potestad, como se echa de ver desde la ley 7.ª hasta la 14 inclusive del título 18 de la partida 4.ª, y á mi parecer hay una razon muy fundada para que los legisladores no quisiesen perjudicar á los padres, ni disminuirles el derecho de usufructo que antes tenian en los bienes de sus hijos cuando estos salian de la patria potestad en virtud de la disposicion de la ley, y consistia en que en este caso no intervenia la voluntad de los padres, y de consiguiente no parecia justo que á mas de privarles de los derechos que ejercian en las personas de sus hijos se les despojase de la utilidad que percibian de los bienes de los mismos.

20 Es comun opinion entre los juristas que dije, que si salen de la patria potestad por la profesion religiosa, como lo reconocen Covarrubias en el capítulo 9.º, número 5.º, *de testamentis*, y Gomez al número 5.º y 7.º de esta ley, en cuyo caso afirma el P. Molina *de justitia et jure*, tratado 2.º, *disput.* 140, número 12, que el padre conserva el usufructo en los bienes adventicios del hijo, aun cuando este haya muerto antes que su padre. Del mismo dictámen es Gutierrez en el tomo 8.º *de heredum qualitate et differentia*, número 23 y siguientes, donde alega por razon que asi como la muerte natural del hijo no impide que el padre conserve el usufructo, con mayor razon no debe impedir la conservacion del mismo usufructo la muerte civil ó presunta del hijo causada por la profesion religiosa. Bobadilla en el libro 2.º, de su política, capítulo 18, número 174 sostiene que el hijo entrando en religion queda libre de la patria potestad, aunque el padre no pierde el usufructo que le pertenecia en los bienes adventicios del hijo, y otros varios autores opinan del mismo modo.

21 Si la profesion religiosa, que exime al hijo de la patria potestad, no priva al padre del usufructo de los bienes adventicios del mismo hijo, ¿con qué fundamento puede pretenderse que cuando el hijo sale de la patria potestad en virtud de algun empleo ó dignidad, ha de perder el padre el usufructo que antes tenia en dichos bienes? Pues tanto en un caso como en otro sale el hijo de la patria potestad, independientemente de la voluntad de su padre, y acaso contra la misma.

22 Todavia la resolucion de la presente ley ofrece un argumento harto fundado á favor de la opinion que defiendo; habia establecido la ley anterior, ó 47 de Toro, que el hijo ó hija casado y velado sea habido por emancipado en todas las cosas para siempre, en cuya resolucion se echa de ver una emancipacion que provenia de disposicion de la ley, y sin embargo no la tuvieron por suficiente los legisladores para que se entendiese que en virtud de ella habia perdido el padre el usufructo en los bienes adventicios del hijo, porque á no ser esta la mente y concepto de los legisladores, ¿qué necesidad habia de que hubiesen formado la presente ley, en la que ordenaron que el hijo casándose y velándose tuviese para sí el usufructo de todos los bienes adventicios? Si por la ley 41 habia ya perdido el padre el usufructo de los bienes adventicios del hijo casado y velado, ¿á qué fin formar otra nueva para establecer lo mismo?

23 Habiéndose manifestado que cuando el hijo sale de la patria potestad por razon de alguna dignidad ó empleo, ó lo que es lo mismo por disposicion de la ley, conserva el padre todo el usufructo que tenia en los bienes adventicios del hijo, se deduce clara y concluyentemente que la decision de la presente ley, por la que se ordena que el hijo ó hija casándose y velándose adquieran el usufructo de todos sus bienes adventicios, debe considerarse como una escepcion de la regla antes establecida.

24 Resta ahora resolver otra duda que resalta de la ley, á saber, si su decision se limita y coarta al caso de que el hijo salga de la patria potestad por medio de casamiento y velaciones, ó deberá ampliarse y estenderse al tiempo en que hallándose ya fuera de la patria potestad contraiga el matrimonio. Antonio Gomez se propone en el número 6.º, §. *ex quibus juribus* al fin, en términos espresos esta duda, y es de parecer que habiéndosele concedido al hijo que sale de la patria potestad por el casamiento y velaciones que adquiera todo el usufructo ó comodidad de sus bienes adventicios, sin duda para ayuda de sostener las cargas del matrimonio, militando la misma razon en el caso que el hijo lo contrae y se vela despues de haber salido de la patria potestad, debe regir la misma disposicion. Matienzo en esta ley, glosa 3.ª, número 3.º, se contenta con referir la opinion de Gomez, y Acevedo en el número 8.º de su comentario á la misma, cita dicha opinion, y afirma que es verdadera, sin dar ninguna otra razon.

25 Tambien tengo por verdadera la opinion de Gomez, en cuyo favor pueden alegarse algunas razones y fundamentos legales; dos eran los efectos ó beneficios que producia en los hijos la emancipacion, el uno perteneciente á las personas, en virtud del cual se hacian *sui juris* ó padres de familia, y el otro á los bienes, por el que adquirian la mitad del usufructo ó comodidad de sus bienes adventicios. La ley 47 dirigió su disposicion acerca del primero, ordenando que el matrimonio acompañado de las velaciones eximiese al hijo y lo libertase de la patria potestad, y fuese tenido por emancipado ó padre de familias; la ley siguiente quiso que la suya recayese sobre el segundo; concediendo al hijo el usufructo ó comodidad íntegra de los bienes adventicios por el matrimonio acompañado de las velaciones.

26 La disposicion de la ley 47 supone al hijo bajo la patria potestad cuando se casó y veló, pues de otro modo no podia salir de ella por el matrimonio y velaciones, y la 48 únicamente exige que el hijo contraiga el matrimonio y se vele para que goce del usufructo íntegro de sus bienes adventicios, y como estos dos requisitos de casarse y velarse igualmente se verifican en el hijo que está en la patria potestad y en el que ya se halla fuera de ella, es consiguiente que la disposicion de la ley presente ha de comprender uno y otro caso por la regla sabida, que donde la ley no distingue, no deben distinguir los comentadores.

27 Todavia persuade el mismo concepto las palabras de la ley: dice esta que el hijo ó hija casándose y velandose hayan para sí el usufructo de todos sus bienes adventicios, y añade á continuacion, *puesto que sea vivo su padre*, cuya espresion usa la ley para manifestar con mas claridad su concepto, pues las palabras *puesto que sea vivo su padre* equivalen á estas, aun cuando esté vivo su padre, con lo que quiso dar á entender que su disposicion se estendia al caso en que el hijo se hallase ya emancipado y fuera de la patria potestad, porque si se hubieran de entender y limitar al acto en que emancipaba por el matrimonio y velaciones, era no solo bien ocioso é inútil que dijera aunque estuviera vivo su padre, sino un manifiesto absurdo, á causa de que envuelve una clara implicancia que pudiera verificarse la emancipacion con retencion de usufructo, sin que estuviese vivo el padre, que era el autor de ella, con lo que se hace notoriamente evidente que la disposicion de la ley comprendia nó solo el caso en que el hijo salia de la patria potestad por el hecho de casarse y velarse, sino que se estendia tambien á el en que estando ya emancipado contraía el matrimonio é intervenian las velaciones.

28 Aun se convence con mayor evidencia la esposicion que acabo de hacer con el siguiente raciocinio; las palabras, puesto que sea vivo su padre, ó se refieren al tiempo en que el hijo salió de la patria potestad por el matrimonio y velaciones, ó al posterior en que ya se hallaba fuera de ella (entre estos dos estremos no queda medio que elegir); si se abraza el primero se hace indispensable confesar que la disposicion de la ley contiene un vergonzoso absurdo,

cual seria en suponer que el hijo pudiese salir de la patria potestad por el matrimonio y velaciones despues de la muerte de su padre, pues en tal caso no seria el matrimonio sino la muerte la que lo libertaba de ella, y vendria á incurrirse en el mismo error que se cometeria si se dijera que una muger se habia separado de su marido ó divorciado, puesto que este estuviera vivo, cuando el divorcio necesariamente supone estan vivos ambos contrayentes. No pudiéndose referir las palabras de la ley al tiempo que dejo indicado, y constituye el primer estremo, necesariamente se han de referir al segundo en que el hijo despues de emancipado contrajo su matrimonio, y recibió las velaciones.

29 Antes de concluir este Comentario me ha parecido notar el error ó contradiccion en que incurre Gomez, cuando en el número 6.º, §. *ex quibus juribus*, dice: *item, etiam et secundo infertur, quod si ex dispossitione legis filius est emancipatus, pater nullam partem usufructus retineret*, y en el §. *item etiam tertio* del mismo número 6.º afirma que si el hijo sale de la patria potestad por la dignidad episcopal, patricia ó consular, ó cualquiera otra de las que dice espresó en la ley anterior (sin haberlo hecho), no pierde el padre el usufructo que tenia en los bienes adventicios del hijo, ni parte de él, en que se echa de ver supone hay una diferencia real y verdadera entre salir el hijo de la patria potestad por disposicion de la ley, ó en virtud de alguna dignidad eclesiástica ó secular, lo que ciertamente es un error, porque cuando sale el hijo de la potestad de su padre por alguna dignidad se verifica que goza este privilegio por disposicion de la ley; y si teniendo por una misma cosa salir de la patria potestad por disposicion de la ley, ó por la obtencion de alguna dignidad eclesiástica ó secular, sostiene que el padre pierde el usufructo que antes tenia en los bienes del hijo, está en una manifiesta contradiccion consigo mismo, que en dicho párrafo *item etiam tertio* espresamente habia afirmado que si el hijo salia de la potestad de su padre por dignidad episcopal, patricia ú otra no perdia el padre el usufructo que tenia en los bienes del hijo.

30 Nótese por último que el usufructo de los bienes adventicios del hijo que adquiere el padre que lo tiene en su potestad, no lo pierde por la muerte del mismo hijo, ley final, versículo penúltimo, C. *ad Tertull.*, cuya disposicion dice Gomez al número 12 del comentario á la ley 6.ª que no se halla derogada por ninguna de nuestras leyes, y así debe observarse entendiéndose en el caso que el padre y la madre sucedan al hijo, en el que el padre tendrá solo el usufructo, y la propiedad se dividirá entre los dos; pero no sucederá lo mismo si los bienes del hijo estaban vinculados, porque entonces por su muerte pasarán al sucesor en cuanto á la propiedad y el usufructo, como lo afirma Gomez al número 4.º, al fin de la presente ley.

Ley XLIX de Toro; es la 1.ª, tít. 1.º, lib. 5.º de la Recopilacion.

Mandamos que el que contrajiere matrimonio que la Iglesia tuviere por clandestino con alguna muger, por el mismo fecho él y los que en ello intervinieren, y los que de tal matrimonio fueren testigos, incurran en perdimiento de todos sus bienes, é sean aplicados á nuestra cámara y fisco, y sean desterrados de estos nuestros reinos, en los cuales no entren, sopena de muerte, é que esta sea justa causa, para que el padre é la madre puedan desheredar, si quisieren á sus fijas que el tal matrimonio contrajeren, lo cual otro ninguno no pueda acusar sino el padre é la madre muerto el padre.

COMENTARIO

á la ley 49 de Toro.

1 Dispone la presente ley que el que contrajere matrimonio que la Iglesia tenga por clandestino, por el mismo hecho él, los que intervieron y los que sirvieron de testigos pierdan todos sus bienes, aplicados á la cámara, y sean desterrados del reino, donde no vuelvan, pena de muerte, y declara que este delito sea justa causa para que el padre y la madre puedan desheredar á sus hijas, de cuyo delito nadie pueda acusar sino el padre, ó la madre caso de morir aquel.

2 Supuesto que la Iglesia constantemente ha prohibido y detestado en todos tiempos los matrimonios clandestinos, como se convence del capítulo 3.º, *de cland. desp.*, que es el can. 51 del conc. Lateran. 4.º, celebrado en tiempo de Inocencio III, que dice: *unde prædecessorum nostrorum vestigiis inherendo, clandestina conjugia penitus inhibe-*

mus; y aunque sábiamente observa Wanspen que la espresion de *predecesorum nostrorum* no es propia de un concilio, es preciso confesar que si los cánones que corren bajo el nombre del concilio no se formaron en él, por lo menos se aprobaron, lo que es bastante para que participen de su autoridad.

3 El santo concilio de Trento en el capítulo 1.º, sess. 24 *de ref. matr.*, despues de afirmar que los matrimonios clandestinos cuando la Iglesia no los irritaba eran verdaderos matrimonios, continúa diciendo: *nihilominus sancta Dei Ecclesia ex justissimis causis illa semper detestata est*, *atque prohibuit*.

4 El señor Benedicto XIV en el lib. 8.º, capítulo 12 *de sin. dioc.*, número 3.º y 4.º, acredita con varios testimonios la constante disciplina de la Iglesia en prohibir los matrimonios clandestinos, y lo persuade tambien Graciano en la causa 30, cuest. 5.ª, con los que refiere hasta el canon 6.º, cuyos lugares podrá consultar el que desee instruirse por menor.

5 Como la disposicion de la ley real recae sobre los matrimonios que la Iglesia tenga por clandestinos, se hace preciso examinar los que hayan reputado por tales, y para proceder con mas claridad trataré con separacion del tiempo anterior y posterior al santo concilio de Trento.

6 La glosa de las decretales de Gregorio IX, en el capítulo 3.º *de cland. desp.*, verbo clandestina, afirma que de tres modos se dice clandestino el matrimonio: cuando no hay testigos: cuando no se han observado las formalidades prescriptas en el cánon 1.º, caus. 30, cuest. 5.ª, y últimamente cuando no han precedido las proclamas.

7 El primer modo se comprueba con el capít. 2.º *de cland. desp.*, que exige una prueba legítima del matrimonio para que no se tenga por clandestino, y lo persuade el significado propio de la voz *clandestino*, como lo nota Covarrubias *de Matrimonio*, parte 2.ª, capít. 6.º, número 12.

8 Téngase presente que aunque en el capít. 2.º, cual se halla en las decretales de Gregorio IX, no se hace espresa mencion de testigos, en la primera coleccion de las decretales de donde se trasladó á las de Gregorio IX se leen estas palabras: *si enim matrimonium ita occulte contrahatur, quod ex inde legitimi testes non apareant.*

9 Observa Berard en sus comentarios *in jus canon. univ.*, disert. 3.ª, cuest. 3.ª, tít. 3.º, que en tiempo del concilio Lateranense IV no era necesario que asistiesen testigos á la celebracion del matrimonio, lo que infiere al ver que en el cánon 51 citado no se hace mencion de testigos, ni se les impone pena por asistir á los matrimonios prohibidos, como la impone el mismo cánon á los contrayentes, al párroco y á los regulares, y segun esta observacion parece que ni en tiempo de Alejandro III, de quien es el capít. 2.º *de cland. desp.*, y que fue pocos años anterior á Inocencio III, seria necesaria la presencia de testigos en el matrimonio. Pero prescindiendo del valor que deba darse á la observacion de Berard, de que diré algo cuando hable de una ley de partida, es muy compatible que se requiriese la presencia de testigos en el acto de la celebracion del matrimonio, y que fuera absolutamente necesaria la deposicion de estos para acreditar en debida forma haberse celebrado el matrimonio, lo que podia verificarse sin haberse hallado presentes al acto de la celebracion, como comunmente sucede en los testigos de oidas y en los que son *facti permanentis*, cual es el matrimonio, el que se continúa haciendo vida conyugal, mayormente en aquel tiempo en que los esponsales de futuro pasaban á matrimonio de presente por la cópula.

10 El segundo modo por el cual se llama el matrimonio clandestino, se toma de la disposicion del cánon 1.º, caus. 30, cuestion 5.ª, que requeria el consentimiento de los padres de la muger, ó de los que la tenian en su potestad, la constitucion de dote, bendicion del sacerdote y la asistencia de los paraninfos, los que segun Cujacio en el título *de clandest. disp. in rubr.*, eran aquellos que asistian á la novia, hasta que la presentaban al sacerdote para que la bendigera, y la llevaban á la casa de su marido, y Domingo de Soto *in 4.ª sent. dist.* 28, artíc. 1.º, dice que eran los que ahora se llaman padrinos por el vulgo. La falta de estos requisitos observa Cujacio *loc. cit.* que no perjudicaba al matrimonio; pero Francisco Florente en la causa 30, cuestion 5.ª del decreto de Graciano, pretende que los matrimonios en que no se verificaban las solemnidades del cánon citado eran írritos y nulos, fundándose para esto en que el mismo cánon despues de referir las solemnidades espresadas concluye

con estas palabras: *Aliter, presumpta connubia, non conjugia, sed adulteria et contubernia, vel stupra, aut fornicationis potius, quam legitima conjugia esse non dubitate*: lo que dice Florente era conforme al derecho antiguo de los romanos, por el que se hacian írritas las nuptias furtivas y clandestinas, como lo nota Cujacio en el lib. 6.º de las observaciones, capítulo 20.

11 Pero sea lo que fuere de esta cuestion, la que sabemos se agitó y ventiló en el concilio de Trento al tiempo de formarse el capít. 1.º, de la sess. 24, *de ref. mat.*, segun lo afirma Palau en su historia del concilio, libro 22, capít. 4.º, lo cierto es que este cánon es una de las falsas decretales, atribuidas á los primeros Pontífices por Isidoro Mercator á fin del VIII siglo ó principios del IX, como ingenuamente lo reconoce el señor Benedicto XIV, libro 8.º, cap. 12, número 5.º, *de sinodo diocesana*, conformándose con el comun sentir de los eruditos, y aunque falsamente se atribuía al Papa Evaristo, no deja de merecer algun aprecio y autoridad su resolucion, por considerarse conforme á la disciplina que se observaba en la Iglesia al tiempo que se formaron estas falsas decretales, como lo nota el señor Benedicto IV, *loc. cit.*

12. El tercer modo de hacerse clandestinamente el matrimonio es cuando se omiten las proclamas establecidas por el capítulo 3.º, *de cland. desp.*, sin que baste la asistencia del propio párroco para que dejase de ser clandestino el matrimonio en que no hubieran precedido las proclamas.

13 Estos son los tres modos por los cuales se contraía el matrimonio clandestinamente antes del santo concilio de Trento, y los mismos propone Diego Perez en la ley 1.ª, tít. 1.º, lib. 5.º del ordenamiento real, § *circa istum* y siguientes, folio 34, y en el folio 36 habla espresamente del que celebraba la hija sin el consentimiento de sus padres, §. *clandestinum*. Nuestro Rey don Alonso el Sabio, que se propuso en sus leyes de las siete partidas seguir con la mayor escrupulosidad las disposiciones canónicas, propone en la ley 1.ª, título 3.º, partida 4.ª, los tres modos referidos de hacerse clandestinamente los matrimonios. Sus palabras estan llenas de gravedad y precision para omitirlas en un parage tan oportuno. "Ascondidos son llamados los casamientos en tres modos. La primera es cuando los facen encubiertamente, é sin testigos, de guisa que se non puedan probar. La segunda es cuando los facen ante algunos, mas no demandan la novia á su padre ó á su madre, ó á los otros parientes que la han en guarda, nin le dan sus arras ante ellos, nin les facen las otras honras que manda Santa Eglesia. La tercera es cuando non lo facen saber concejeramente en aquella Eglesia onde son perrochanos. Cá para no ser el casamiento fecho encubiertamente ha menester que antes que los desposen diga el clérigo en la Eglesia ante todos los que y estobieren, como tal ome quier casar con tal muger, nombrándolos por sus nomes, é que amonesta á todos cuantos y estan, que si saben si hay algun embargo entre ellos porque no deban casar en uno, que lo diga fasta algun dia, é que lo nombre señaladamente."

14 Esta ley nos presenta una exacta y circunstanciada esposicion de la disciplina que se observaba en la Iglesia al tiempo de su formacion. Por ella se ve que era matrimonio clandestino el que se hacia sin testigos con que se pudiera probar lo que convenia con la disposicion del capít. 2.º *de clandest. desp.*, de que se ha hecho ya mencion, infiriéndose de aqui no tuvo razon Berard para afirmar que en tiempo del concilio IV Lateranense, ni despues de su celebracion, no se requerian testigos del matrimonio, pues habiéndose celebrado dicho concilio en el año de 1215, y comenzádose á trabajar la obra de las siete partidas el año de 1256 á 23 de Junio, y concluídose despues de siete años, que viene á ser el año de 1263, como se convence de su prólogo, resulta que la espresada obra solo fue posterior á dicho concilio cuarenta y ocho años, cuyo intervalo de tiempo es muy corto para persuadirse se varió en él la disciplina de la Iglesia en este punto, haciéndose necesaria la asistencia de testigos en los matrimonios, mayormente no hallándose ninguna disposicion eclesiástica en este intermedio tiempo á quien poder atribuir esta novedad.

15 Ni es fácil de comprender cómo no se habia de requerir la asistencia de testigos á la celebracion del matrimonio, estando reputado por clandestino el que no se podia probar por ellos, pues aunque el mismo capít. 2.º manifiesta que si las personas que han contraido clandestinamente lo quisieren publicar, la Iglesia lo reputaria por legítimo, como si desde el princi-

pio se hubiera celebrado *in facie Ecclesiæ*, á no ser que alguna justa causa lo impidiese, cuya disposicion parece tomada, segun Cujacio en el capítulo 2.º, y Florente en el lugar citado, de las últimas palabras del cánon 1.º, caus. 30, cuestion 5.ª, *nisi voluntas propia et vota sucurrerint legitima*; esto no impide que el matrimonio fuera verdaderamente clandestino al principio, por mas que despues la Iglesia lo recibiese como legítimo, por lo que se puede afirmar con toda seguridad, que tan necesaria era la asistencia de testigos á la celebracion del matrimonio antes y despues del concilio Lateranense para que no fuese clandestino, como lo es despues del santo concilio de Trento para que sea válido y legítimo.

16 Continúa la ley de partida esponiendo la segunda clase de matrimonios clandestinos, y dice que aunque hayan intervenido testigos á la celebracion, si no han pedido la novia á sus padres ó á los que estaban encargados de su cuidado, ni le han hecho las demas honras que dispone la Iglesia, no dejará el matrimonio de ser clandestino. Se ve que todo esto es tomado á la letra del citado cánon 1.º, caus. 30, cuestion 5.ª, y que por las honras que manda la Iglesia entiende las oraciones y bendicion del sacerdote.

17 Por último, pasa ley á esplicar el tercer requisito para que los matrimonios no sean clandestinos, y dice que antes de celebrarse se han de publicar en la Iglesia de donde los novios son parroquianos por un clérigo, señalando un dia determinado hasta el cual pueden acudir á manifestar los impedimentos que supieren los concurrentes. Como esta disposicion se halla en el canon citado del concilio Lateranense IV, que hoy es el capít. 3.º, *de cland desp.*, no se puede dudar que se sacó de alli, debiéndose notar la exactitud y diligencia con que el autor de esta ley recogió en ella cuanto la Iglesia habia dispuesto en sus anteriores constituciones acerca de esta materia, no contentándose con referir meramente sus palabras, sino esplicando su inteligencia, como se hecha de ver en lo que dice de que la publicacion se ha de hacer en la Iglesia donde los novios son parroquianos, espresando los nombres de estos, cuyas particularidades no se notan en el citado canon del concilio Lateranense, pues aunque en él se impone pena al párroco que no impide y estorba que se celebren matrimonios clandestinos, era dudoso si el párroco de que habla el concilio debe entenderse de la parroquia donde se contrae el matrimonio, ó de la de los contrayentes.

18 Habiendo tratado de los modos por los cuales se hacian clandestinamente los matrimonios antes del santo concilio de Trento, conviene examinar si estos modos se aumentaron, variaron ó disminuyeron por dicho concilio.

19 Digo, pues, que el santo concilio de Trento ni aumentó ni disminuyó los medios de celebrar clandestinamente los matrimonios, irritando únicamente aquellos matrimonios clandestinos en que habia intervenido la asistencia de dos testigos, y del propio párroco de los contrayentes.

20 En comprobacion de esta verdad basta leer el precitado decreto, en el que despues de declarar que los matrimonios clandestinos cuando la Iglesia no los ha irritado son verdaderos matrimonios, lo mismo que sucede en los contraidos por los hijos de familias sin el consentimiento de sus padres, anatematizando á los que afirman lo contrario, sin embargo de haber prohibido y detestado siempre la Iglesia semejantes matrimonios, viendo que no habian sido suficientes las prohibiciones anteriores para precaver los daños que se originaban de los matrimonios clandestinos, siguiendo las huellas del concilio Lateranense IV, manda que en lo sucesivo antes de contraer el matrimonio se hagan las proclamas por el propio párroco en tres dias festivos consecutivos en la Iglesia al tiempo de la misa mayor, y que no resultando impedimento los pase á casar el propio parroco, ú otro sacerdote de su licencia, con asistencia de dos ó tres testigos, y por último, caso de faltar la asistencia del párroco y testigos, anula é irrita el matrimonio, como se ve por las siguientes palabras. *Qui aliter, quam presente parrocho vel alio sacerdote de ipsius parrochi vel ordinarii licentia, et duobus vel tribus testibus, matrimonium contrahere attentabunt, eos sancta synodus ad sic contrahendum omnino inhabiles reddit, et huyusmodi contractus irritos et nullos esse decernit, prot eos presenti decreto irritos facit et annullat.*

21 No habiendo innovado por este decreto el concilio cosa alguna acerca de los matrimonios que por celebrarse por los hijos de familias sin el consentimiento de sus padres los tenia la Iglesia por clandes-

tinos, como se ha probado por la decretal atribuida al Papa Evaristo, y lo persuade el concilio Coloniense ó de Colonia, celebrado el año 1536, en la parte 9.ª, cap. 43, citado por Juenin, disertacion 10 *de matrimonio*, cap. 3.º, art. 1.º *conc.* 3.ª Estas son las palabras del concilio: *Optandum, ut canon Evaristi Pontificis concilio generali renovetur, tollanturque illa clandestina matrimonia, quæ invitis parentibus ac propinquis, veneris potius, quam Dei causa contrahuntur. Nam quanta mala ex his clandestinis matrimoniis suboriantur in aperto est. Interea vero donec ecclesia de hoc prospiciat, si non irrita prohibita saltem sint, et pœnæ canonicæ, id est excomunicationi contrahentes, et qui his ope et consilio adfuerint subiaceant.* Es forzoso decir que aun despues del concilio de Trento son y deben llamarse clandestinos los matrimonios celebrados por los hijos de familias sin el consentimiento de sus padres.

22 Igualmente es y se llama clandestino aun despues del concilio el matrimonio en que se han omitido las proclamas sin dispensa del ordinario, como lo dice el Sanchez de matrimonio, lib. 5.º, disp. 1.ª, cuest. 1.ª, y lo confirma el señor Benedicto XIV *de sin. dioc.*, lib. 13, cap. 23, número 10, con las palabras finales del capítulo 3.º *de cland. desp. Si quis vero huyusmodi clandestina conjugia inire presumpserit*, en cuyo número y siguiente trata de aquellos matrimonios que celebran los contrayentes sorprendiendo al párroco, ó haciéndole asistir dolosamente á dichos matrimonios, y sienta que los espresados matrimonios son válidos, no solo aunque el párroco afecte no haber oido á los contrayentes, sino aun en el caso de que realmente no haya visto ni oido alguno de los dos, si por el párroco quedó el no haberlo visto ni oido, habiendo podido fácilmente hacer uno y otro, como dice sucedió en un caso ocurrido en el obispado de Cartagena, reino de Murcia, el año de 1753.

23 Persuade tambien esto mismo el ver que el concilio de Trento confirmó y aprobó la disposicion del concilio Lateranense en cuanto á la necesidad de las proclamas, con que si antes del concilio de Trento era clandestino el matrimonio en que se habian omitido, como no se puede dudar, son y deberán llamarse igualmente clandestinos los matrimonios que despues de dicho concilio se han celebrado sin el espresado requisito de las proclamas; pero debe notarse que la omision de ellas hace clandestino el matrimonio, pero no írrito y nulo por el decreto del concilio de Trento.

24 Síguese examinando ahora si la pena de exheredacion que impone nuestra ley á las hijas que contraen matrimonios clandestinos podrá tener lugar despues de la disposicion del santo concilio de Trento.

25 Haciendo la distincion correspondiente de los tres modos que se han espresado, digo que tratando de los matrimonios clandestinos que son írritos por el concilio, parecia que habiendo cesado el efecto de dichos matrimonios, no debia tener lugar la pena de la ley real; pero Molina *de prim.* lib. 2.º, cap. 16, número 19, defiende que aun en este caso debe observarse la disposicion de la ley, pues aunque reconoce que algunos autores afirman que por el contrato ó acto nulo no se incurre en pena, quiere que se use de la siguiente distincion en la materia: ó la ley considera y atiende á solo el hecho y ánimo del que obra, ó al efecto que resulta del acto atendida la disposicion del derecho; si lo primero incurre en pena por el acto nulo; si lo segundo no merece pena alguna. Esto supuesto, dice es constante que la ley presente tiene consideracion á solo el hecho, aunque no tenga efecto por derecho, porque del matrimonio clandestino invalido se originan muchos daños é inconvenientes, como es manifiesto. Comprueba esta doctrina con la autoridad de Bartolo y con el mismo decreto del concilio, en el que sin embargo de declarar írrito el matrimonio clandestino, se manda á los ordinarios que castiguen severamente á los contrayentes, segun tengan por conveniente, lo que convence la certeza de esta opinion.

26 Gutierrez en el lib. 2.º de las prácticas, cuestion 4.ª, se propone esta duda, y conviene en que aunque la opinion de Molina atendido el rigor del derecho es la mas conforme, pero atendiendo á la equidad y razon, y á que el legislador es regular tuviese consideracion á los efectos que se seguian del matrimonio clandestino, le parece mas arreglada en la práctica la sentencia negativa, aunque confiesa no deben quedar sin castigo los contraventores, por lo que es de sentir que se ha de moderar el rigor de la pena de la ley real.

27 El que quiera ver mas estensamente los fundamentos de una y otra sentencia, consulte á Gonzalez en el lugar citado, con-

tentándome con decir, en satisfacion á los fundamentos que he referido de Molina, que no son comparables los inconvenientes que resultan de un matrimonio nulo con los que se originan de un matrimonio válido, y de consiguiente no es de presumir que el legislador que impuso penas al matrimonio clandestino válido quisiese estenderlas al clandestino nulo, faltando á la proporcion que debe guardarse entre la pena y el delito, mayormente siendo este de tal especie, cuya consumacion no depende ni está en arbitrio del perpetrador.

28 Que el conato en esta especie de delitos sea reprensible y digno de castigo, como lo manifiesta la facultad que da el concilio á los ordinarios para que segun su prudencia escarmienten á los contraventores, no prueba que se deban castigar con el rigor que los delitos consumados, ó de aquellos que por casualidad no se consumaron, no estando impedido de llevarlos á efecto el agresor. Molina *de just, et jure*, tratado 2.º, disp. 176, número 17, observa que la presente ley no puede tener lugar despues que el concilio irritó los matrimonios á que no asistia el párroco y dos testigos.

29 En cuanto á los matrimonios en que se han omitido sin dispensa del ordinario las proclamas, hay menos razon de dudar de si en ellos deberá tener lugar la pena de la ley, pues permaneciendo dichos matrimonios clandestinos, aun despues del santo concilio de Trento, como queda probado arriba, es claro y manifiesto que la disposicion de la ley deba comprender á los que contraen estos matrimonios clandestinos, como no se puede dudar los comprendia antes del concilio de Trento, por el que nada se ha innovado en este punto, debiendo añadir en confirmacion de esta opinion que las mismas penas en que incurrian por el concilio Lateranense IV los que celebraban estos matrimonios clandestinos, y los sacerdotes que asistian á ellos, deben tener lugar al presente, porque el concilio de Trento no derogó la disposicion del concilio Lateranense, antes la confirmó y amplió, como queda dicho, y por tanto debe decirse que si los que celebran estos matrimonios clandestinos por omitir las proclamas los contrajeren en un grado prohibido, aunque sea ignorándolo y sin malicia, los hijos serán ilegítimos, como lo eran antes del concilio de Trento en virtud del concilio Lateranense, que presumia que los contrayentes no dejaban de saber el impedimento, ó afectaban ignorarlo. *Cum illi, taliter contrahendo, non expertes scientiæ vel saltem afectatores ignorantiæ videantur*; y la ley 3.ª, tít. 3.º, partida 4.ª, dispone lo mismo.

30 En confirmacion de esto mismo debe notarse que sin embargo que el concilio de Trento con toda especificacion manifiesta que el párroco que sin testigos, y los testigos que sin el párroco asisten al matrimonio, deben sufrir pena á arbitrio del ordinario, y tambien los mismos contrayentes, nada dice del párroco y testigos que asisten al matrimonio en que sin dispensa no han precedido las proclamas, cuyo silencio es una prueba clara de que quedaban en su fuerza y vigor las penas que establecia para este caso el concilio Lateranense IV, no siendo de presumir que castigando el concilio de Trento á los que intentaban asistir y contraer un matrimonio nulo, quisiese dejar sin castigo á los que celebraban un matrimonio válido, faltando á la solemnidad prescrita por derecho comun, y por el mismo concilio de Trento, que lo renovaba.

31 Si por el concilio de Trento no se han derogado las penas canónicas que establecia el concilio Lateranense contra los que celebraban matrimonio sin proclamas, con mayor razon se debe decir que no derogó dicho concilio las penas civiles que imponia la ley real á los mismos.

32 Gutierrez en el lugar citado arriba, número 8.º, se propone esta cuestion, y examina los fundamentos que hay por una y otra parte, y resuelve que debe tener lugar la pena de nuestra ley real en este caso, adonde remito al que quiera verlos mas por estenso, y lo mismo habia dicho Diego Perez, ley 1.ª, tít. 1.º, lib. 5.º, ord. f. 38, §. *plura tam. vers. ex quo infertur.*

33 Gonzalez Tellez en el Comentario al cap. 3.º *de cland. desp.*, número 6.º, sigue la opinion de Gutierrez, citando por la contraria á Molina *de just. et jure.* en el lugar arriba espresado, y á Covarrubias *de matr.*, parte 2.ª, cap. 6.º, número 12 y 13, donde afirma que el matrimonio contraido en presencia de la mayor parte de los vecinos, ó sabiéndolo estos, aunque se hayan omitido las proclamas, se ha de llamar público y no clandestino. Pero debe decirse que cuando la ley espresamente prescribe cierta formalidad, no se cumple poniendo

otra, aunque por ella se logre el fin de la ley, y asi hablando el señor Benedicto XIV en el lugar citado de los matrimonios que sin proclamas y sorprendiendo á los párrocos para su asistencia se celebran fráudulosamente, los que tiene por clandestinos *de jure* á falta de no haber precedido las proclamas, dice que no es de temer qne estos matrimonios queden ocultos, y que puedan ser ocasion para celebrar los mismos contrayentes otro, permaneciendo el primero, por lo que concluye que cualquiera que tenga conocimiento de las cosas habrá aprendido por propia esperiencia que muchos matrimonios celebrados públicamente en la Iglesia, no siendo de personas de dignidad ó de familia ilustre, comunmente se ignoran, y no se tiene noticia de ellos, al paso que no hay matrimonio de los que se celebran dolosamente sin proclamas, sorprendiendo al párroco, que no se divulgue su noticia por la ciudad y por la provincia. De que se infiere que nada aprovecha la publicidad que pide Covarrubias para sacar de la clase de clandestinos los matrimonios en que se han omitido sin dispensa las proclamas, pues como advierte el mismo señor Benedicto XIV, la publicidad sin las proclamas lo constituirá público de hecho, pero de derecho será siempre clandestino. Diego Perez en la ley citada sigue la opinion de Covarrubias, citando á otro f. 35, §. *Tertio modo.*

34 No debe parecer contradiccion lo que afirma Diego Perez en los dos lugares citados, porque en el primero habla de los matrimonios celebrados ante testigos sin proclamas, y en el segundo de los celebrados ante la mayor parte de los vecinos y sin proclamas; pero tanto en un caso como en otro debe tenerse por clandestino el matrimonio para incurrir en las penas de los cánones y leyes, pues si no basta la publicidad sin proclamas, menos bastarán dos ó cuatro testigos sin ellas.

35 Por lo que hace á los matrimonios que celebran los hijos de familias sin el consentimiento de sus padres, está tan lejos de poderse dudar si deberá observarse en ellos la pena de la ley real, que antes bien pudiera decirse que dado que en los matrimonios clandestinos por no haber precedido las proclamas no pudiese tener lugar la disposicion de la ley, en el presente caso no podia menos de guardarse inviolablemente su resolucion.

36 Infiere Diego Perez en el lugar citado del f. 36, que era matrimonio clandestino antes del concilio de Trento aquel que contraía la muger sin consentimiento de sus padres, ni de aquellos á cuyo cuidado estaba, y cita ademas del capítulo canónico varias leyes reales de las partidas, del fuero real y del ordenamiento, en que se imponian penas á los contraventores, cuyas leyes quedaron derogadas por la presente de Toro, ó hablando con propiedad se debe decir se renovaron y recopilaron en la de Toro, pues desde la mas remota antigüedad de esta monarquía se ve que la hija que casaba contra la voluntad de sus padres, si estos no la perdonaban, quedaba privada de concurrir con sus hermanos á la herencia de sus padres, como lo ordena la ley 8.ª, título 2.º, libro 3.º del fuero juzgo, la cual pena se halla renovada en la ley 5.ª, tít. 1.º, lib. 3.º, fuero real, y en la única, título 6.º, lib. 5.º, ordenamiento real.

37 Palacios Ruvios *in cap. per vestras. de donat. inter vir. et uxor. notabis* 3.º, §. 6.º, f. 354, tiene por clandestino el matrimonio que contraía la hija sin la voluntad de sus padres, y en el mismo lugar, §. 8.º, f. 357, refiere á la letra todas las leyes reales que prohibian casasen las hijas sin la voluntad de sus padres.

38 Tambien prohibian nuestras leyes patrias que ninguno casase con alguna muger sin consentimiento de sus padres ó de los que la tenian en su poder, bajo de otras penas, imponiéndole la multa de cien maravedises aplicados por mitad á la cámara y á los padres, y á mas se le declaraba por enemigo de los parientes, ley 14, tit. 1.º, lib. 3.º, fuero real.

39 Que estos matrimonios que se hacian contra la voluntad de los padres los tenian nuestras leyes por clandestinos, lo declara la ley 1.ª, tit. 3.º, partida 4.ª, aumentando la 5.ª *eod. tit.* que el que casa encubiertamente y sin noticia de los parientes mas cercanos de la muger, sea metido en poder de ellos para servirlos toda su vida con todos sus bienes, con tal que no lo puedan matar.

40 La ley 1.ª, tit. 1.º, lib. 5.º, ord., repite ó renueva la ley 14 del fuero citada, imponiendo la multa de cien maravedises al que casare encubiertamente, y no teniendo caudal bastante para satisfacer quede su cuerpo á merced del Rey por la parte que le falte.

41 Ni es dudable que sean clandestinos los matrimonios que se celebran contra la voluntad de los padres hallándose prohibidos semejantes matrimonios por los cánones, como claramente lo manifiesta el santo concilio de Trento, cuando dice que siempre los ha detestado y prohibido la Iglesia, cuya prohibicion es prueba cierta de ser clandestinos, y asi el Hostiense, queriendo dar una regla segura para conocer los matrimonios que no son clandestinos, dice en el capítulo final *de cland. desp.* que los que no estan prohibidos por la Iglesia, de que se infiere que los que prohibe la Iglesia son clandestinos.

42 Es preciso confesar que Gregorio Lopez al fin de la glosa 4.ª, ley 10, título 1.º, partida 4.ª, y Molina *de prim.*, libro 2.º, cap. 16, número 12, se esplican en términos que dan á entender que para incurrir en la pena de la ley de Toro no basta que el matrimonio se haga contra la voluntad de los padres, sino que ademas ha de ser clandestino, con lo que parece escluyen de la clase de clandestinos los matrimonios celebrados sin el consentimiento de los padres. Mas terminante es la doctrina de Covarrubias en esta parte, *de matrimonio*, parte 2.ª, cap. 6.º, número 25, donde hablando de nuestra ley dice: *Est tamen intelligenda regia lex quando matrimonium clam contrahitur cum filia sine consensu parentum, non alias, quod patet ex ratione legis quæ accusationem hujus delicti ipsis tantum parentibus deffert*, dando á entender que es necesario que el matrimonio se celebre clandestinamente, y á mas que sea sin consentimiento de los padres, como si no bastase la falta de consentimiento de los padres para constituirlo clandestino. Reflexionando lo que dice el mismo Covarrubias en los números 10 y 20, parece bastante fundado el presumir que tenia por clandestino el matrimonio celebrado sin el consentimiento de los padres, sin que fuese necesario faltasen las proclamas.

43 Diego Perez en la ley única, tit. 6.º, lib. 5.º del ordenamiento real en la glosa: si casare sin la voluntad del padre: resume la decision de la ley diciendo: *Clandestine contrahens matrimonium, hoc est, sine scientia patris vel fratrum amittit hereditatem parentum*, en cuyas palabras manifiesta que matrimonio clandestino se llama aquel que se contrae sin noticia de los padres. Mas claramente manifiesta su opinion en la misma glosa, cuando despues de referir los males que se originan entre las familias, de los matrimonios que se celebran contra la voluntad de los padres, dice que seria de desear que el sumo Pontífice invalidase los matrimonios clandestinos, tanto respecto del cap. 3.º *de cland. desp.*, como los que lo son respecto de las leyes de que trata, y espera que suceda esto con el tiempo á fin de evitar males é injurias entre los católicos.

44 La opinion de Diego Perez se hace demostrable atendidas las disposiciones de nuestras leyes reales en este punto. Para prueba de que la ley de Toro conserva su fuerza y vigor despues del concilio de Trento, basta reflexionar que antes de dicho concilio regia su disposicion, y por el espresado concilio no se ha derogado, ni por otra ley posterior, con que es forzoso concluir se halla en la misma situacion que al principio de su establecimiento.

45 No es menos cierto que basta haberse celebrado el matrimonio sin el consentimiento de los padres para que pueda tener lugar lo dispuesto por la ley de Toro.

46 Ordenaban la ley 4.ª, tít. 1.º, y la única del tít. 6.º, lib. 5.º del ordenamiento real, que ambas son del Rey don Juan el II, que si á la muerte del padre ó de la madre quedaba la hija en poder de alguno de los dos, ó en el de sus propios hermanos, y se casaba sin voluntad de aquellos en cuyo poder se hallaba, perdiese la herencia que le podia pertenecer por la muerte de su padre ó de su madre, y que acerca de esto se guarden las leyes de estos reinos, no obstante que por largo tiempo no hayan sido guardadas, *pues que por otras nuestras leyes no fueron revocadas.*

47 A estas leyes se siguió la de Toro, que agravó las penas á los transgresores, restringiendo la facultad que concedian las leyes anteriores á los hermanos de poder privar á la hermana de la herencia de sus padres, y limitando la acusacion de este delito al padre y á la madre para el caso de haber muerto el padre, sin que para incurrir en la pena de la ley de Toro fuese necesario que el matrimonio que se habia celebrado contra la voluntad de los padres fuese clandestino, por no haber precedido las proclamas, ó por no haber intervenido testigos para acreditarlo.

48 Que este sea el sentido literal y obvio de la ley lo persuade la peticion 128 que hicieron las cortes celebradas en Valla-

dolid el año 1548 al Emperador don Cárlos V, que dice asi: "Otro sí decimos que por leyes de estos reinos se pone pena á los que contraen matrimonios que la Iglesia tiene por clandestinos, lo cual pueden acusar el padre, ó la madre muerto el padre. Suplicamos á V. M. mande que lo mismo puedan acusar *los hermanos, muertos los padres, y si no tuvieren hermanos, que los curadores lo puedan acusar*, porque como quedan algunos hijos ó hijas mozos y con haciendas, procúranlos engañar, y acaescen casamientos desastrados, y con que Dios nuestro Señor es deservido, y los parientes de los tales muy injuriados, de que se siguen enemistades y otros daños." A cuya peticion respondió el Emperador lo siguiente: "A esto vos respondemos que ya está provehido por leyes de estos reinos lo que en esto se deba hacer", cuya respuesta parece referirse á la presente ley.

49 Dos partes comprende la decision de la ley de Toro. En la primera impone perdimiento de todos sus bienes al que contrae matrimonio clandestino, y destierro perpetuo del reino. En la segunda declara que este delito es causa justa para que los padres puedan desheredar á sus hijas, y que solo el padre pueda acusar de dicho delito, ó la madre muerto el padre. Esto supuesto, digo que si á la ley de Toro se le da la inteligencia que le atribuyen Gregorio Lopez, Covarrubias y Molina, nada adelantaban las cortes en que la disposicion de la ley se estendiesen á los hermanos y curadores, en cuanto á la facultad de poder acusar, pues no se remediaban por este medio los males que esponen en su peticion, porque es constante que son menos los matrimonios que se celebran clandestinamente por falta de proclamas que los que se contraen sin la voluntad de aquellos en cuyo poder estan los contrayentes. A mas que los engaños que padecian los hijos de familia, y que se intentaban evitar por la peticion de cortes, y las injurias y enemistades que se originaban entre las familias, no son consecuencia precisa de los matrimonios clandestinos por falta de proclamas ni de testigos, sino de los que se celebran sin el consentimiento y voluntad de los padres y parientes, y seria cosa impertinente que para remediar estos daños hubieran pedido las cortes que se ampliase á los hermanos y curadores la facultad que concedia á los padres una ley cuya disposicion podia solo tener lugar cuando con el matrimonio clandestino por falta de proclamas ó testigos concurria tambien la falta del consentimiento de los padres, debiendo haberse dirijido su peticion, no á que los hermanos y curadores pudiesen acusar como los padres, sino á que la pena que imponia la ley á los que contraían matrimonios clandestinos se estendiese á los que celebraban matrimonios contra la voluntad de sus padres ó parientes; y como por otra parte no era suficiente, ni bastaba para incurrir en la pena de la ley que el matrimonio se celebrase sin proclamas ó testigos, si intervenia el consentimiento de los padres, se convence por la peticion de las cortes que la disposicion de la ley de Toro no se dirijia únicamente á que se observase la determinacion del concilio Lateranense 4.º, y la del cap. 2.º *de cland. desp.*, sino á impedir que los hijos contrajesen matrimonios sin la voluntad de sus padres, fuesen ó no clandestinos respecto de otros capítulos. A no ser que se diga que las cortes no acertaron á espresar lo que querian se les concediese.

50 Impone la ley de Toro pena á los que servian de testigos en los matrimonios clandestinos, lo que ofrece un claro convencimiento de que su disposicion no se dirijia directamente á impedir aquellos matrimonios que son y se llaman clandestinos por carecer de testigos con que poder justificarlos, y siendo esta la clase de matrimonios clandestinos, de que se originaban mayores males á la Iglesia y al estado, segun lo persuade la ley 1.ª y 2.ª, tít. 3.º, partida 4.ª, y el santo concilio de Trento en el capítulo citado, tan lejos estaria de minorarse por la disposicion de la ley los matrimonios clandestinos, que antes se aumentaria el número de aquellos que causan mayores perjuicios, cuales son los que se celebran sin testigos, escusándose estos de autorizar los matrimonios que se contrajesen sin proclamas, para no incurrir en la grave pena de la ley de Toro, con lo que se manifiesta que el fin principal que se propuso la ley fue el impedir los matrimonios que eran clandestinos por ser contra la voluntad de los padres.

51 No por esto debe inferirse que los matrimonios clandestinos por falta de testigos no se hallan comprendidos en la decision de la ley, pues siendo estos tenidos por clandestinos por la Iglesia, no podian menos de ser comprendidos en la ley real,

cuya disposicion se estiende á todos los matrimonios que la Iglesia tenga por clandestinos.

52 El mismo Covarrubias en el lugar citado, número 25, dice que atendiendo á la gravísima pena de la ley de Toro, ¿podrá alguno creer piadosamente que es contraria á la libertad que piden los cánones para el matrimonio? Y añade á continuacion: sin embargo, dejando á parte la pena tan grave, es decente y honesto que las hijas elijan maridos con consentimiento y consejo de sus padres. Estas palabras, juntas con el silencio que observa en no hacer igual consideracion de los matrimonios clandestinos por falta de proclamas ó testigos, manifiestan que estaba persuadido que la ley solo se dirijia á estorbar los matrimonios que eran clandestinos por falta del consentimiento de los padres.

53 En el mismo lugar refiere que en los casos en que los jueces seculares tenian presos á los contrayentes y testigos para imponerles la pena de la ley, les requerian los jueces eclesiásticos que se los remitiesen á su tribunal á fin de que constase que se habia contraido libremente el matrimonio, y los testigos pudieran decir la verdad con mas libertad, cuyos requerimientos, añade, llevan mal los jueces seculares, resistiéndose á su cumplimiento, lo que dice no deben hacer cuando aun no consta plenamente del matrimonio, para no dar lugar á que por temor de las penas se impida su probanza.

54 Este temor que manifiesta aqui Covarrubias de que faltase la probanza del matrimonio era efecto necesario de la disposicion de la ley, la que daria causa á que todos los matrimonios hubieran sido clandestinos por falta de testigos, por no incurrir estos en la pena de la ley, la que ciertamente podia decirse se dirijia á hacer de peor condicion los matrimonios clandestinos que á corregirlos, si no se entendia en el sentido esplicado.

55 La práctica que hemos referido de Covarrubias, no solo se observaba antes del concilio de Trento, sino tambien despues, como lo indica el citar este concilio en el número 27 del mismo capítulo, siendo de creer que si por dicho concilio hubiera cesado la disposicion de la ley de Toro no refiriera su práctica como corriente.

56 La respuesta que dió el Emperador á la peticion de las cortes no se puede referir á otra ley que á la de Toro, como lo afirma Diego Perez en la ley 1.ª, tít. 1.º, lib. 5.º del ordenamiento, folio 36, porque no hay otra que imponga la pena que pedian las cortes á los hijos que contraian matrimonio contra la voluntad de sus padres, y asi se ve que el Emperador no tuvo por conveniente deferir á la peticion, lo que fue lo mismo que corregir las leyes de don Juan el II en la parte que permitian al hermano privar de la herencia de sus padres á la hermana que casaba sin su consentimiento.

57 Concede la ley solamente á los padres la facultad de acusar del delito que en ella se espresa, lo que se debe entender, tanto de los padres del que contrae el matrimonio como de los de la muger, aunque á estos es á quienes se les permite poder desheredarla, y es la razon porque la ley despues de establecer las penas en que incurren los contraventores, espresamente dice que puedan acusar el padre, ó la madre muerto el padre, cuya espresion siendo comun y general parece se debe estender á los padres de ambos contrayentes, sin limitarla á los padres de la muger, que eran los que podian desheredarla; pero sea de esto lo que fuere, cesó esta duda despues que el Rey don Felipe II, en el año 1563, concedió igual facultad á los padres del hijo para poder desheredarlo, hallándose esta disposicion incorporada con la ley de Toro en la 1.ª, título 1.º, libro 5.º de la Recopilacion.

58 De lo que queda dicho se infiere no opina bien Covarrubias, cuando en el número 26 afirma que la pena de la ley no tiene lugar cuando el hijo contra la voluntad de su padre contrajo matrimonio, pues aunque el padre no lo pueda deshereder, puede acusarlo para que se le impongan las demas penas de perdimiento de bienes y de destierro.

59 Por último, se ha de advertir que la ley de Toro ha padecido notable alteracion por la pragmática de 23 de marzo de 1776, la cual en el número 3.º priva á los que contrajeren matrimonio sin el consentimiento ó consejo de los padres de todos los efectos civiles, como son el derecho de pedir dote ó legítima, y de suceder como herederos forzosos ó necesarios en los bienes libres que pudieran corresponderles por herencia de sus padres ó abuelos, á cuyo respeto y obediencia faltaron, concediendo y declarando por justa causa de desheredacion la espresada contravencion, esten-

diendo tambien á los descendientes de dichos matrimonios la privacion en los efectos civiles, y privando á unos y otros hasta de la sucesion de los bienes vinculados en la forma que se espresa al número 4.º

60 Esto no obstante podrá decirse que cuando el matrimonio es clandestino por falta de proclamas, concurriendo tambien la falta de consentimiento de los padres, deberá regir la pena de la ley, que no se halla derogada por la pragmática sino en cuanto al matrimonio clandestino por falta del consentimiento de los padres, que es el fin á que se dirige la disposicion de la pragmática.

61 Entre otras particularidades de esta pragmática notaré en comprobacion de lo que anteriormente tengo dicho, que solo se concede á los padres, á cuyo respeto faltó el hijo, poderlo desheredar, y sin embargo los tutores y curadores tienen derecho para acusar, hallándose prevenido en la pragmática que se les debe pedir su consentimiento.

62 La otra particularidad es que la pragmática supone que la Iglesia siempre ha detestado y prohibido los matrimonios de los hijos de familia sin la voluntad de sus padres, que es la espresion de que usa el concilio, y esta espresion, así por lo antecedente como por lo subsiguiente, recae sobre los matrimonios clandestinos, como lo notará el que lea el concilio, á cuyo remedio intenta proveer, de que se ve que matrimonios clandestinos y hechos sin el consentimiento de los padres los tiene la pragmática por una misma cosa.

63 Dice el concilio que siempre ha detestado y prohibido la Iglesia los matrimonios clandestinos, y á continuacion añade, que no habiendo bastado aquellas prohibiciones para remediar los daños que se originan de los matrimonios clandestinos, pasa á renovar las disposiciones del concilio Lateranense, y á irritar los que se celebraban sin párroco y testigos, cuya disposicion manifiesta claramente que las prohibiciones que refiere el concilio no habian bastado, se dirijian á los matrimonios clandestinos, pues de otro modo era escusado que el concilio hubiera tenido que irritarlos.

64 En cuanto á si en la pena de la ley se incurre *ipso facto* sin necesidad de sentencia, me remito á lo dicho en la ley 77, advirtiendo únicamente que la ley coarta la facultad de poder acusar al padre y la madre, cuya facultad era inútil y ociosa si la pena se incurria *ipso facto*. Matienzo en la glosa 2.ª de esta ley refiere cuarenta efectos de la pena que se incurre *ipso facto*.

65 Es ocioso tratar de la justicia de esta ley, la que reconocen nuestros autores, mayormente viendo en nuestros dias renovada la ley de Toro en lo substancial por la pragmática del año de 76; pero sin embargo conviene tener presente que el señor Covarrubias en la parte 2.ª *de matrimonio*, cap. 6.º, número 2.º, suscita la duda si estando privado el Príncipe secular de la potestad de establecer leyes acerca del sacramento del matrimonio, podrá sostenerse la presente, que da á los padres facultad para desheredar á la hija que contrae matrimonio clandestinamente, é impone á los contrayentes y á los testigos pena de perdimiento de todos sus bienes, y de destierro perpetuo del reino, bajo la pena de muerte si lo quebrantan, y no obstante es de parecer que aunque el Príncipe no pueda establecer leyes en punto á los matrimonios, le es permitido añadir penas á la prohibicion que haya hecho en la materia el romano Pontífice, cuya razon movió á los ministros del Consejo que formaron la espresada ley para establecerla, segun lo afirma Palacios Ruvios en el Comentario á esta ley, quien dice, como testigo de vista, que cuando se trató de formarla se movió una gran disputa entre los consejeros del Rey, siendo él uno de ellos, y se concluyó que dirigiéndose la espresada ley á coadyuvar la disposicion del derecho canónico, era justa y debia sostenerse. Del mismo dictámen es el señor Molina en el lib. 2.º, cap. 16 *de primogenitis*, número 12, en donde sostiene que á ninguno debe parecer grande la pena de la ley, atendidos los males que resultan de los matrimonios clandestinos, y cita el caso que refiere Gregorio Lopez en la ley 10, título 1.º, partida 4.ª, glosa 4.ª, en que el Consejo de Castilla impuso la pena de desheredacion á una hija que se habia casado sin el consentimiento de su padre con un hombre digno, y el mismo señor Molina afirma que vió otros casos iguales.

66 Tambien puede dudarse si habiéndose declarado írritos por el santo concilio de Trento los matrimonios clandestinos tendrá lugar la pena de desheredacion contra los contrayentes, porque siendo nulo el matrimonio se debe considerar como si no se hubiera celebrado, y sin embargo dicho autor en el número 19 es de parecer que aun

debe tener lugar la pena de desheredacion impuesta por la ley, y se funda entre otras cosas en que el mismo concilio de Trento, y no obstante de haber declarado írritos los matrimonios clandestinos, manda á los ordinarios que castiguen severamente á su arbitrio á los que los hayan contraido.

Ley L. de Toro; es la 2.ª, título 2.º, libro 5.º de la Recopilacion.

La ley del fuero que dispone, que no pueda el marido dar mas en arras á su muger de la décima parte de sus bienes, no se pueda renunciar, é si se renunciare, no embargante la tal renunciacion, lo contenido en la dicha ley se guarde y ejecute. E si algun escribano diere fee de algun contracto en que intervenga renunciacion de la dicha ley, mandamos que incurra en perdimiento del officio de escribanía que tuviere, é de alli en adelante no pueda mas usar del, so pena de falsario.

COMENTARIO

á la ley 50 de Toro.

1 Dispone la presente ley que no pueda renunciar la del fuero, que ordena que el marido no pueda dar en arras á su muger mas de la décima parte de sus bienes, y que si se renunciare dicha ley no valga la renuncia, y que el escribano que diere fe de algun contrato en que interviniere la espresada renuncia quede privado de su oficio, é incurra en la pena de falsario si usare de él.

2 Las arras por derecho comun era lo que se daba en señal y seguridad del matrimonio futuro entre los esposos, de forma que venian á ser una especie de prenda como la que interviene en los contratos, ley 3.ª, C. *de spons. et arr.*, ley 1.ª, título 11, partida 4.ª, Covarrubias *de matrimonio*, partida 2.ª, cap. 3.º, §. 7.º, número 8.º, y Antonio Gomez en la ley 50 de Toro, número 12, y Molina *de justitia et jure*, *tract.* 2.º, disput. 431, número 1.º

3 Por derecho real de España, fundado en la presente ley, las arras se llaman y son la donacion ó la promesa que el hombre da ó hace á la muger antes ó despues, en remuneracion de la dote de su nobleza ó de su honestidad. Antonio Gomez en el lugar citado, número 12, Covarrubias en el lugar citado, número 14, y Molina, disput. 431, número 2.º, y Matienzo en la rúbrica, tít. 2.º, cuestion 2.ª, número 6.º Esta definicion de las arras, aunque espresamente no se encuentra en las palabras de la ley de Toro, se infiere bastantemente de la ley del fuero real, á quien se refiere la ley presente, conviniendo los tres autores citados substancialmente en ella, pues sin embargo que Molina siguiendo á Álvaro Velano se inclina á que la donacion de las arras no se refiere á ninguna causa, sino que provienen de la libre voluntad del que las da, y por eso dice que en la definicion que les dió no espresó causa alguna, como en el número 9.º, se inclina á que las arras son una donacion remuneratoria, y que en España no se reputan por donacion gratuita, sino que se pacta acerca de ellas como de un contrato oneroso, viene implícitamente á confesar que las arras se dan en remuneracion de alguna de las cualidades espresadas en su definicion.

4 Como las arras se hacen de la muger, consumado que sea el matrimonio, ley 1.ª, tít. 2.º, libro 3.º del fuero real, de forma que puede disponer de ellas libremente no teniendo hijos, ley 3.ª, tít. 2.º, lib. 5.º de la Recopilacion, se deduce que las arras en el dia segun estas leyes no son lo mismo que la donacion *propter nuptias*, sin embargo de que Rodrigo Suarez y Palacios Rubios, fundados en la ley 1.ª, tít. 11, partida 4.ª, pretenden son una misma cosa, pues ademas de que en España no está ya en uso la donacion *propter nuptias*, como lo afirma Molina en el lugar citado, número 4.º, Antonio Gomez en esta ley, número 11, y otros, se diferencian notablemente en que el dominio de la donacion *propter nuptias* era de la muger durante el matrimonio, y disuelto este volvia al marido ó á sus herederos. Las arras al contrario todo el tiempo del matrimonio permanecian en el dominio del marido, y disuelto este debian satisfacerse á la muger ó á sus herederos, Molina, *loco citato.*

5 De aqui resalta la dificultad de si las arras se pueden constituir y aumentar constante matrimonio, porque las arras en realidad son una donacion verdadera, en virtud de la cual la muger adquiere un derecho permanente y perpetuo á la cosa prometida, para que disuelto el matrimonio se haga suya ó de sus herederos, y las donaciones que se hacen entre marido y mu-

ger son inválidas si no se confirman con la muerte del donante, precediendo la tradicion. Haciéndose cargo Gregorio Lopez en la ley 1.ª, tít. 11, partida 4.ª, glosa 4.ª, de esta dificultad, apartándose del dictámen de Rodrigo Suarez, que opina que las arras por ser lo mismo que la donacion *propter nuptias* se pueden aumentar y constituir constante matrimonio, dice que la opinion afirmativa se ha de entender cuando la donacion de las arras lo haya hecho el marido en remuneracion de la nobleza de su muger, de su gran dote ó de otra causa. Con lo que viene á confesar que solo en el caso de que las arras se reputen por donacion remuneratoria podrán constituirse y aumentarse constante matrimonio.

6 De esta dificultad se libertan los autores que constituyen la naturaleza de las arras en que se den y constituyan por alguna de las causas espresadas, como son todos aquellos que se han citado cuando se trató de su definicion.

7 Pretende Rodrigo Suarez en la ley 1.ª, tít. 2.º, lib. 3.º del fuero real, que sin el menor escrúpulo se ha de decir que es válida la constitucion de las arras despues de contraido el matrimonio, en el caso que la muger sobreviva al marido, y se funda para esto en que por la muerte del marido se confirmaria la donacion, aunque no fuera válida al principio, como consta de todo el tít. del C. y ff. *de donat. inter vir. et uxor.* Pero como juiciosamente observa Molina, disputacion citada, número 6.º, no tuvo presente Suarez que las arras no se entregan á la muger en vida del marido, y para que la donacion entre marido y muger se confirme con la muerte del donante es necesario que haya precedido la tradicion, *leg. Papinianus* ff. *de don. inter virum et uxorem.*

8 Como la presente ley prohibe espresamente el que se la pueda renunciar para efecto de dar en arras mas de la décima parte, suscitan los autores la duda si interviniendo juramento será válida dicha renuncia. Se dividen en este punto, como regularmente sucede en otros, y eligiendo la sentencia que me parece mas conforme, digo que el juramento en este caso no confirmaria la renuncia de la disposicion de la ley. La ley 28, tít. 11, partida 5.ª, dice asi: "otro si decimos, que todo pleito que es fecho contra nuestra ley...., que no debe ser guardado, maguer pena ó juramento fuere puesto en él;" asi lo siente Covarrubias citando á otros en la parte 2.ª de la Recopilacion, *quamvis pactum*, §. 2.º, número 15, y Matienzo en la ley 2.ª, título 2.º, lib. 5.º de la Recopilacion, glosa 2.ª, número 6.º y siguientes. Dos son las razones en que se funda Covarrubias en el lugar citado: la primera se reduce á lo que ha dicho en el párrafo antecedente, número 18, *v. cæterum*, de que no se puede confirmar con juramento un contrato prohibido por derecho civil, principalmente por utilidad privada, siempre que ella prohiva, no solamente el contrato, sino tambien el juramento, y á mas anule el contrato aun interviniendo juramento, como afirma lo dispone asi la ley 1.ª, tít. de las arras, lib. 3.º del fuero juzgo.

9 Para que esta razon de Covarrubias tuviera toda la eficacia correspondiente, deberia acreditar que la ley del fuero juzgo estaba en observancia por las leyes de la Recopilacion; pero como la presente ley únicamente renueva la ley del fuero real, que no prohibe intervenga juramento en la renuncia que se haga de la misma ley del fuero real, no parece adaptable la doctrina de Covarrubias á la disposicion de la ley del fuero real renovada por la de Toro. Lo que dió motivo á Molina *de just. et jure. disp.* 431, número 16, á creer que Covarrubias atribuya á la ley del fuero real la disposicion que refiere de la del fuero juzgo, y asi dice que él no encuentra tal disposicion en la ley del fuero real, por la cual únicamente se anula el esceso que se diere de mas de la décima parte, ó el pacto de dar mas. La segunda razon se funda en que la prohibicion de la ley que anula el contrato se dirige, no en utilidad del que promete las arras, sino de sus consanguíneos, á quien la ley les concede el derecho de repetir el esceso de la décima parte, y el juramento no puede confirmar un contrato con perjuicio de tercero, segun la decision del capítulo canónico *cum contingat de jure jurando.*

10 A esta razon de Covarrubias puede añadirse en confirmacion de su sentencia una de las que trae Matienzo en el lugar citado, número 16, negando que la disposicion de la ley del fuero real se dirija principalmente á la utilidad privada, porque á ser asi no prohibiría la ley que se pudiese renunciar de su disposicion, lo que sin duda concedería si tratára del derecho

privado, pudiendo cada uno renunciar del derecho introducido en su favor, *leg. signis in contrib.*, C. *de pactis*, de que se ve que la ley habla del derecho público que no se puede renunciar por los pactos de los particulares, *leg. jus publicum*, ff. *de pactis*, y siendo así no puede el juramento confirmar un contrato prohibido en favor del público, como lo sienta Covarrubias en el lugar citado, parte 2.ª, §. 1.º, número 1.º y 2.º, siguiendo á Bartolo, pues á la verdad si como observan Covarrubias y Matienzo, el juramento no puede confirmar un contrato con perjuicio de tercero, mucho menos lo confirmará con perjuicio de la república y bien público.

11 Contra la opinion que seguimos de que la ley del fuero real no se puede renunciar aunque intervenga juramento, parece oponerse la ley 12, tít. 1.º, lib. 4.º de la Recopilacion, declarando los señores Reyes católicos la ley 11 del mismo título, en que habian prohibido que los legos se sometiesen á la jurisdiccion eclesiástica, y que se obligasen con juramento sobre cosas profanas, espresaron que su ánimo no habia sido de quitar el juramento en los contratos que para su validacion se requeria, y asimismo que no interviniese en los compromisos y contratos de dotes y arras:: "y queremos que quede libertad á los contrayentes que en tales contratos puedan jurar." De cuyas palabras se convence que en el contrato de las arras no prohibe la ley que intervenga juramento, ya sea que se considere como un contrato, para cuya validacion se requiere el juramento, como un contrato válido y subsistente por su naturaleza.

12 Para satisfacer esta dificultad se ha de decir que la ley real habla del contrato de las arras como válido y subsistente, pues de otro modo hubiera sido ocioso hacer espresa mencion de él habiendo manifestado no intentaba prohibir el juramento en los contratos que lo necesitaban para su validacion, como observa Acevedo en dicha ley 12, tít. 1.º, lib. 4.º de la Recopilacion, por lo que opina el mismo Acevedo que la causa de espresar el contrato de las arras fue porque en la promesa de estas interviene una enagenacion perpetua, y en los contratos en que interviene enagenacion perpetua permite la ley real se interponga juramento, sin que en manera alguna pueda servir el juramento para confirmar la promesa de las arras que esceda de la décima parte de los bienes del marido, segun Acevedo citando á Gutierrez. Del mismo sentir es Molina en el lugar citado, número 16, en cuanto á que la ley 12, tít. 1.º, lib. 4.º de la Recopilacion, que permite el juramento en la promesa de las arras, se ha de entender en el caso que estas no escedan los límites prescriptos por la ley.

13 En el mismo lugar para libertarse Molina de la dificultad que resalta de admitir el juramento como confirmatorio de un contrato en que media perjuicio de tercero, pretende que la facultad que concede la ley á los parientes para que puedan repetir al esceso no impide que la disposicion de la ley principalmente mire y se dirija al beneficio del que prometió las arras, aunque para que la ley tuviera mayor observancia les concede la repeticion á los mas próximos parientes; pero sin detenernos á indagar el fin que pudo tener el legislador, lo que no admite duda es que en virtud de la facultad que les concede la ley, los parientes tienen un verdadero derecho para reclamar y repetir la parte de las arras que esceda la tasa de la ley, y querer que el juramento revalide y confirme este contrato es pretender privar á los parientes de su derecho, y de consiguiente que sea válido y obligatorio el juramento con perjuicio de tercero contra la disposicion del capítulo *cum contingat de jure jurando*.

14 La misma réplica debe hacerse á la nota que pone Diego Gomez Cornejo al Gomez en la presente ley, número 13, letra B, pues el que la ley del fuero juzgo y real no concedan á los parientes el esceso que la arra tenga de la décima, esto no impide que si el juramento confirmara la donacion, fuera cierto el decir que se privaba en virtud de él á los parientes del derecho que la ley les otorgaba, pues el el que ellos no adquieran el esceso (caso que sea este el sentido de la ley, de que por ahora prescindo) solo prueba que en el caso presente no tendrian tanto derecho como en el contrario, y el que el juramento no obligue con perjuicio de tercero igualmente rige en el menos derecho habiente que en el mas.

15 Aun atendidas las leyes de partida, las arras no son lo mismo que la donacion *propter nuptias*, como se convence por las resoluciones siguientes: por la fórmula de la escritura de otorgamiento de arras que

trae la ley 87, tít. 18, partida 3.ª, las concede el marido á la muger para que ella y sus hijos comunes puedan tenerlas y hacer de ellas lo que quisieren como de bienes propios, y promete no venir contra esta donacion en manera alguna por sí ni por otro. Por la ley 7.ª, tit. 11, partida 4.ª se prohibe al marido que durante el matrimonio de la dote y donacion que dió á su muger no pueda disponer, y da esta razon, porque si se disuelve el matrimonio que dé á cada uno libre lo suyo para hacer de ello lo que quisiere, y lo mismo ordena la ley 23 del mismo título, al fin, cuya disposicion no parece compatible con el dominio y libre disposicion de las arras que la ley 87 citada concede á la muger. La ley 1.ª y 23, tít. 11, partida 4.ª, quiere que los mismos pactos y condiciones que se ponen en la dote se entiendan puestos en las arras, lo que no puede conciliarse con las fórmulas de las escrituras de dote y de arras que se refieren en las leyes 86 y 87, tít. 18, partida 3.ª. Esta última ley en su cláusula final denota que la escritura que en ella se espresa no era conforme al derecho comun, por el que los pactos hechos acerca de las arras habian de ser conformes á los de la escritura de dote, de la cual se debe entender la palabra *donacion* de que usa la ley, pues entender por donacion la de las arras, como lo pretende Gregorio Lopez en la glosa 3.ª de la misma ley, es atribuirle un sentido del todo absurdo, cual seria que los mismos pactos que se pongan en la carta de las arras se han de poner en la donacion de las mismas arras, y se ve por esta ley que segun fuero de España eran diferentes los pactos que se ponian en las arras de los de la dote, lo que tambien se contradice con lo que afirma la ley 1.ª y 23 citadas del tít. 11, partida 4.ª, especialmente cuando se ha pactado sobre la dote y se ha omitido el pactar sobre las arras ó donacion.

16 Palacios Ruvios, sin embargo de que en el §. 12, *rubricæ de donationibus int. v. et ux.*, afirma siguiendo la ley 1.ª, título 11, partida 4.ª, que la donacion *propter nuptias* por costumbre de este reino se llama arras, reconoce en el §. 27 que la donacion *propter nuptias*, disuelto el matrimonio, pasa al marido, asi como la dote á la muger, pero que las arras inmediatamente se hacen de la muger, y puede disponer libremente de ellas no teniendo hijos, de que se convence que hasta los que quieren suponer la identidad de las arras y donacion *propter nuptias* se ven precisados á señalar y confesar la diferencia de una y otra.

17 La última parte de la ley que priva de oficio al escribano que autoriza la renuncia, y le impone la pena de falsario si usare de él, pide examinar si la dicha pena se incurre antes de la sentencia del juez, y se ha de decir que no incurre en dicha pena hasta que profiera el juez su sentencia, y es la razon porque aunque la espresada pena sea de aquellas que no necesitan ni requieren la accion del delincuente para su ejecucion, como nuestra ley no la impone *ipso facto* ni con otra espresion equivalente, se hace precisa la sentencia del juez para incurrir en ella, y lo mismo para incurrir en la de falsario si hubiere usado del oficio. Véase lo que se dice á este propósito en la ley 77 al fin.

Ley LI de Toro; es la 3.ª, tít. 2.º, lib. 5.º de la Recopilacion.

Si la muger no oviere fijo del matrimonio en que interviniere promission de arras, é no dispone espresamente de las dichas arras; que las haya el heredero, ó herederos della, é no el marido, ora la muger faga testamento, ó no.

COMENTARIO

á la Ley 51 de Toro.

1 Dispone la presente ley que si la muger no tuviere hijos del matrimonio en que intervino promesa de arras, y no dispone espresamente de ellas, las hagan suyas los herederos de ella, y no el marido, haga ó no testamento la muger.

2 Varían mucho nuestros autores nacionales acerca de la facultad que compete á la muger en virtud de la presente ley para disponer de las arras, y para la mayor claridad en esta materia se hace preciso distinguir tres casos. El primero cuando la muger ha pasado á segundas nupcias. El segundo cuando muere viuda del primer marido, y el tercero cuando muere sobreviviendo su primer marido. En cada uno de estos casos se ha de tener presente otra distincion, y es si tiene ó no hijos del primer matrimonio.

3 En el primer caso por derecho civil teniendo hijos perdía la muger la propiedad de todos los bienes que habia adquirido de su marido título lucrativo, y estaba obligada a disponer de dichos bienes en favor de todos los hijos ó de uno de ellos, reservando á los demas la legítima, quedándose ella con el usufructo por todo el tiempo de su vida, *leg.* 3.ª, C. *de secundis nuptiis.* Pareciéndole á Justiniano exorbitante la facultad que por esta ley se le concedia á la muger de que á su arbitrio pudiese disponer á favor de uno de los hijos, la moderó por la novela 2.ª, C. 1.º, por la 22, C. 23, y por la auténtica *lucrum, h. t.*, mandando que dichos bienes se repartiesen entre todos los hijos por iguales partes, queriendo que cuanto en esta parte se disponia acerca de la muger se entendiese dispuesto para con el marido, *leg.* 5.ª, *h. t.*, y las dos novelas citadas.

4 En el segundo caso disponia libremente la muger de todos los bienes, ley 5.ª y 6.ª, §. último, y la 8.ª, §. 2.º, C *h. t.* Posteriormente moderó Justiniano esta facultad disponiendo que se reservase á los hijos la propiedad como si la muger hubiera pasado á segundas nupcias, novela 98, y últimamente mandó que ademas del usufructo gozase una parte de la propiedad igual á la de cada hijo, como en premio de la viudedad, novela 127 y la auténtica *si tamen*, C. *h. t.*

5 Del tercer caso parece ocioso tratar, por ser constante que en vida del marido no adquiere la muger ni en cuanto al usufructo ni propiedad nada de lo que que le proviene de este título lucrativo.

6 Esto supuesto, contrayéndonos meramente á las arras en el significado de nuestras leyes reales, se ha de decir que en el primer caso está obligada la muger á reservarlas á los hijos del primer matrimonio por iguales partes, segun hemos dicho, dispone el derecho comun, que en esta parte no se halla derogado por el real, y asi dice Rodrigo Suarez, tít. de las arras, número 70, que la muger no puede mejorar en ellas á ninguno de los hijos, en lo que conviene Molina, *de primogenitis*, lib. 2.º, capítulo 16, número 62, estendiendo dicha prohibicion, no solo á los mayorazgos que se hacen en virtud de las leyes reales, sino tambien á aquellos que se instituyen por autoridad real, número 61.

7 El P. Molina, *de just. et jure*, tratado 2.º, disput. 431, número 9.º, despues de haber referido en el antecedente la opinion de Suarez y Molina, refiere la de Alvaro Velasco, quien en la consulta 16, número 6.º, afirma que la muger, aunque pase á segundas nupcias, puede disponer libremente de las arras como de sus bienes propios, fundando mayorazgo, no solo del tercio en favor de alguno de sus hijos, sino del quinto en favor de estraño, y se funda en que la ley *feminæ* 3.ª *de sec. nupt.*, y las auténticas que hacen mencion de ella solo hablan de aquellos bienes que adquiere la muger del primer marido título lucrativo, pero no de aquellos que se adquieren título oneroso, como son las arras que se creen dadas en recompensa de la dote, virginidad &c. A mas que las cosas dadas en remuneracion no se entienden comprendidas en la ley *feminæ.* Esta opinion de Velasco dice Molina que le parece bastante probable, porque las arras en España no se dan gratuitamente, sino que se pacta acerca de ellas á modo de un contrato oneroso, de manera que la muger no quiere convenir en la boda si no se la da tanto por razon de arras. En satisfaccion de los fundamentos de la opinion de Alvaro Velasco y de Molina, digo que el que las arras se den en recompensa de la dote, virginidad ó nobleza (aunque parece dudar de esto el mismo Velasco en la consulta 2.ª, en donde afirma que á ninguna causa determinada se atribuye la promesa de las arras, segun las leyes; pero por la práctica y costumbre del dia se dan las arras con el fin de que la muger se halle con mas bienes para mantenerse en el estado de la viudedad) no impide el que se deban reservar á los hijos, pues á mas de que esos titulos no se deben tomar rigorosamente por un contrato oneroso, esto se ve claramente en la ley 52, que dispone que la muger, disuelto el matrimonio, lucre y gane la mitad de la donacion esponsalicia por el ósculo, y el todo por la cópula, como en recompensa, y sin embargo tiene que reservar esta ganancia á los hijos, si se quiere decir que esta donacion no se hace en recompensa, sino condicionalmente, y que verificada la condicion de la consumacion del matrimonio la adquiere la muger con la obligacion de reservarla á los hijos, se replica que lo que se le concede por el ósculo no se le da *sub conditione*, y aunque despues se consume el matrimo-

nio no debe la muger disponer libremente de lo que ganó por el ósculo, sino reservarlo á los hijos, pues sería preciso decir que en virtud de este contrato la muger ponja precio á su virginidad ó su nobleza, lo que no seria menos absurdo que si lo intentara poner á su hermosura, discrecion ú otra prenda personal, sino por un motivo honesto y decoroso con que el marido pueda manifestar á su esposa su afecto y estimacion, sin contravenir á las leyes que justamente prohiben las donaciones entre marido y muger. Esto mismo persuade la limitacion que pone la ley del fuero real, pudiendo hallarse tanta variedad entre los bienes del marido y circunstancias personales de la esposa, sin que el que se pacte en razon de las arras pueda constituirlas en la clase de contrato oneroso, al modo que aunque se pacte acerca de las dotes, como sucede no pocas veces, no se consideran por una recompensa ó remuneracion de las cualidades del marido.

8 Acevedo en la presente ley, satisfaciendo al fundamento de que las arras se adquieren título oneroso, dice con Castillo en la ley 50 de Toro, número 9.º, en la 1.ª y 2.ª concordancia, que aunque las arras se hayan prometido por via de remuneracion, aun entonces se dan por causa de donacion.

9 Tello Fernandez en la ley 19 de Toro, número 12, despues de referir la opinion de Rodrigo Suarez y Palacios Ruvios, en rúbrica *de donationibus inter virum et uxorem*, §. 27, número 1.º, y mas espresamente en el Comentario á la ley 14 de Toro, número 10, donde pone por escepcion, las arras, de la doctrina que establece en el número 8.º, y que es conforme á la que dió en el §. 50, número 53, *Rub. de donationibus inter virum et uxorem*, se aparta de ella, fundado en que no hay ley que la apoye, pues la del fuero real no tiene fuerza, si no se prueba que está en uso, y en su tiempo ni vió ni oyó que se usase, y de aqui concluye que faltan los fundamentos de que se sirve Suarez para su opinion. Se ve por esta doctrina de Tello que habla generalmente, tanto en el caso en que la muger pasa á segundas nupcias, como en el que permanece en la viudedad, y prescindiendo por ahora si hay ó no diferencia entre uno y otro caso para la presente cuestion, es digno de estrañarse diga Tello que se avergüenza de hablar sin ley cuando está terminante la 26, tít. 13, partida 5.ª, cuyas palabras son las siguientes: "Marido de alguna muger finando, si casase ella despues con otro, las arras é las donaciones que el marido finado le oviere dado en salvo fincan á sus hijos del primer marido, é debenlas cobrar é haber despues de la muerte de su muger."

10 Ni es sola la ley de partida la que espresamente dispone en este punto, sino tambien la presente ley de Toro manifiestamente ordena lo mismo en punto de reservar las arras á los hijos por estas palabras: "Si la muger no hubiere hijo del matrimonio en que interviene promision de arras, que las haya el heredero ó herederos de ellas;" de que se deduce que la ley limita la facultad de la muger para disponer de las arras al caso de que no tenga hijos, luego cuando los tiene no puede disponer de las arras, como juiciosamente lo infiere Acevedo al número 2.º Qué esta ilacion sea arreglada y conforme al sentido de la ley se convence claramente de la otra limitacion que pone de que si la muger no dispone espresamente de las arras las haya su heredero, luego si dispone espresamente en favor de otro no las tendrá su heredero, luego espresamente puede disponer de ellas en favor de otro que su heredero. Si esta consecuencia es legitima, como no pueden menos de confesar todos los de la opinion contraria, deberán reconocer de buena fé que tambien la antecedente ilacion es legítima y conforme al sentido de la presente ley.

11 A mas, ó antes de la formacion de la presente ley de Toro podia la muger disponer libremente de las arras teniendo hijos, ó no podia: si lo primero, señalese la ley que le concedia esa facultad, que sin duda deberia ser derogatoria de la que dejamos citada de la partida: si lo segundo, ni despues del establecimiento de esta ley podrá disponer libremente de las arras, porque en ella solo se dispone para el caso en que no tenga hijos, y de consiguiente para cuando los tenga se refiere ó deja en su vigor las anteriores disposiciones, pues el fin de la presente ley fue corregir la del fuero en la parte que ordenaba que si la muger no teniendo hijos moria intestada, heredase las arras su marido ó los herederos de este, de que se infiere que al tiempo de la formacion de las leyes de Toro estaba en observancia la del fuero en la parte que la deroga la presente ley, pues de otro modo

era ociosa la derogacion, y si la ley del fuero estaba en observancia en el caso que la muger no tenia hijos, con mas razon debia creerse la tenia cuando tuviese hijos, porque en esta parte convenia y era conforme con la disposicion de la ley de partida citada.

12 En el segundo caso quiere Rodrigo Suarez al número 72 y 73 que la muger solo pueda disponer libremente de la cuarta parte de las arras, reservando á los hijos las tres restantes, fundándose para esto en la ley del fuero real, que dispone "que si la muger, habiendo fijos de este marido, finare, pueda dar por su alma la cuarta parte de las arras á quien quiere, é las tres partes finquen á los fijos de aquel marido de quien los hubo." Como no prueba Rodrigo Suarez que la ley del fuero esté en uso en esta parte, ni se halle confirmada por alguna ley real posterior, con razon deberia dudarse de la ilacion de Suarez, y solo deberia entenderse para efecto de hacer alguna obra pia en favor de su alma, pero no para dejar dicha cuarta parte á beneficio de tercero.

13 El señor Molina, *de primogenitis*, se aparta de esta opinion de Suarez en el número 64, fundado en que las leyes que ha citado arriba (y son las que espresa en el número 60) solo hablan del caso en que la muger haya pasado á segundas nupcias, pero no de cuando permanece viuda, por lo que opina que la ley del fuero, ó se ha de entender segun el derecho comun, que solo habla de cuando la muger se casa segunda vez, ó si precisamente dispone del caso en que permanece viuda, no se debe admitir, porque hasta ahora no se ha observado en la práctica, y las leyes del fuero no obligan si no estan recibidas en uso, por lo que afirma que la muger que permanece viuda puede disponer libremente de las arras fundando mayorazgo de ellas, segun permiten las leyes, aunque tenga hijos.

14 Pero este dictámen del señor Molina se halla tan destituido de todo fundamento legal, que espresamente se dispone en el derecho comun que la muger que permanece viuda y tiene hijos reserve la propiedad de los bienes adquiridos por parte del marido á los hijos, del mismo modo que si hubiera pasado á segundas nupcias, novela 98 citada; y por la 127 se le permite que ademas del usufructo goce una parte de propiedad igual á los demas hijos, á cuya disposicion parece alude la de la ley del fuero, que le permite disponer de la cuarta parte en favor de su alma, y ya que, segun Molina, no esté en uso esta ley, deberán estarlo las novelas citadas, mayormente no hallándose derogadas por leyes reales; y si el no haber disposicion real que derogue las leyes del derecho comun que dispone en el primer caso, le hace confesar á Molina que deben seguirse, por la misma razon deberán observarse las novelas citadas en el segundo caso, negando á la muger la facultad de disponer de las arras teniendo hijos, sin acudir á si la ley del fuero está ó no en uso.

15 Si la muger tuviera la libre facultad que pretende Molina de disponer de las arras teniendo hijos, no hiciera la presente ley de Toro la limitacion que se infiere de sus palabras "si la muger no oviere fijo," sino que hablaria con la claridad y especificacion que se ve lo hicieron los que intervinieron en su formacion, en la ley 14 tratando de los bienes adquiridos constante matrimonio, en donde clara y distintamente espresan que aunque cualquiera de los contrayentes pase á segundas nupcias, disuelto el primer matrimonio, del que hayan tenido hijos, puedan disponer libremente de los bienes multiplicados como de los demas bienes que no hubieran sido de ganancia.

16 No parece creible que los que hablaron con tanta especificacion en la ley 14, precaviendo las dudas que podian suscitarse de las disposiciones del derecho comun, formasen la ley presente, dandola principio con unas palabras, que si no tienen el significado y sentido que les dan los autores de la opinion negativa, no son del todo supérfluas y vanas.

17 En el tercer caso es donde manifiestamente corrige la presente ley la disposicion de la del fuero en la parte que ordena que si muere la muger sin manda, no teniendo hijos, perciba el marido las arras ó sus herederos, y manda que en tal caso la perciba el heredero de la muger, haga ó no testamento. De estas últimas palabras se infiere que no basta que la muger haga testamento para privar de las arras á sus legítimos herederos, sino que á mas quiere la ley que espresamente disponga de ellas. Que asi la ley del fuero como la presente ley hablen del caso en que el marido sobrevive á su muger, no admite la menor duda, pues

de otro modo ni las arras quedarian á beneficio suyo, segun la ley del fuero, ni la de Toro podia corregir á la del fuero en esta parte, y serian ociosas las dos leyes, la una por conceder, y la otra por negar y privar del derecho de percibir las arras á quien no existia; debiéndose tener presente que cuando la ley del fuero ordena que si la muger no tuviere hijos haga de sus arras lo que quisiere, *quier en vida, quier en muerte*; en la parte que le permita disponer en vida se ha de entender estando viuda, pues viviéndole su marido no puede en vida disponer de las arras ni de la dote, por corresponder al marido el usufructo y administracion de estos bienes para soportar las cargas del matrimonio, como sabiamente observa Rodriguez Suarez en el lugar citado, número 72.

Ley LII de Toro; es la 3.ª, tít. 2.º, lib. 5.º de la Recopilacion.

Cualquier esposa, ora sea de presente, ora sea de futuro, suelto el matrimonio, gane si el esposo la oviere besado, la meytad de todo lo que el esposo le oviere dado, antes de consumido el matrimonio, ora sea precioso ó no, y si no la oviere besado, no gane nada de lo que le oviere dado, y tórnese á los herederos del esposo; pero si cualquiera de ellos muriere despues de consumido el matrimonio, que la muger é sus herederos ganen todo lo que seyendo desposados, le ovo el esposo dado, no habiendo arras en el tal casamiento é matrimonio; pero si arras oviere que sea en escogimiento de la muger, ó de sus herederos ella muerta tomar las arras ó dejarlas é tomar todo lo que el marido le ovo dado siendo con ella desposado. Lo cual hayan de escoger dentro de veinte dias despues de requeridos por los herederos del marido, y si no escogieren dentro del dicho término, que los dichos herederos escojan.

COMENTARIO

á la Ley 52 de Toro.

1 Dispone la presente ley que toda esposa, bien sea de presente, bien de futuro, gane, si el esposo la hubiere besado, la mitad de lo que le hubiere dado antes de consumado el matrimonio, sea ó no precioso; y no habiéndola besado no gane nada. Pero si cualquiera de los esposos muere despues de consumado el matrimonio, la muger ó sus herederos ganen cuanto el esposo le hubiere dado, con tal que no haya arras en dicho matrimonio, pero habiéndolas quede al arbitrio de la muger ó de sus herederos escoger las arras ó lo que el esposo le hubiere dado, cuya eleccion la haya de hacer dentro de veinte dias despues de requerida por los herederos del marido, y no haciéndolo dentro de dicho término tengan estos la eleccion.

2 Merece notarse esta ley por la particularidad de ser acaso la mas antigua de cuantas leyes españolas se han conservado hasta el dia entre nosotros. La formó y sancionó el Emperador Constantino Magno en el año de 336, quien la remitió para que la hiciese observar á Tiberiano, Vicario de las Españas, que entonces residia en Sevilla, segun se convence del epígrafe de la misma ley en el código Teodosiano, donde despues se insertó, y es la 5.ª, tít. 5.º lib. 3.º de dicho código, siendo de presumir que se trasladase despues al breviario que formó Aniano, del cual entresacaron los Reyes godos lo que tuvieron por conveniente insertar en su código.

3 Hablando de esta ley el sabio y crítico historiador don Juan Francisco Masdeu en el tomo 11 de su Historia crítica de España, pág. 285 de la impresion de Madrid de 1792, es de parecer que la espresada ley no fue ni estuvo en el código visogodo primitivo ó latino, sino que se insertó despues en el fuero juzgo, y asi dice en el lugar citado: "lo que añade el fuero juzgo del beso que se daban los contrayentes, debe de ser estilo mas moderno por mas que se ponga bajo el título de la ley de Recesvinto, porque en el código visogodo no hay tal ley ni la menor insinuacion de tal costumbre."

4 El señor don Manuel de Lardízabal se aparta del dictámen de Masdeu en el docto y erudito prólogo que ha puesto á la edicion que acaba de publicar la real academia de la lengua del código visogodo latino, que es la primera que se ha verificado en España, y opina al folio 39 que hay buenas razones que persuaden que la citada ley se incluyó en el códice visogodo. "Es verdad, dice, que la ley no se halla en ningun códice latino; pero todos los castellanos le dan por autor á Recesvinto, y antes se debe creer que se tomó de algun origi-

nal que no ha llegado á nosotros, que el que habiéndose formado al tiempo de hacerse la version se le hubiese dado un autor supuesto, no descubriéndose razon ni motivo alguno razonable para esta suposicion y falsedad, pues en la misma version hay muchas leyes que carecen de autor, sin que por esto dejen de estar suficientemente autorizadas, y las ya citadas de los denuestos, que ciertamente fueron hechas despues de los godos, se ha visto que no tienen autor, sino en la edicion de Villadiego, por una mera voluntad suya. Tambien es cierto (continúa) que en el código visogodo no hay la menor insinuacion de dicha costumbre, pero la habia entre los españoles desde antes que los godos viniesen â España, como lo prueba la ley 5.ª, tít. 5.º, lib. 3.º del código Teodosiano, que contiene á la letra la misma resolucion, y se hizo determinadamente para España." Hasta aquí Lardizabal.

5 Acerca de esta esposicion del señor Lardizabal conviene observar que en ella se reconoce que en ninguno de los códices latinos que ha tenido presentes la academia por su edicion, que segun confesion de la misma han sido nueve, sin contar el que publicó Lindembrogio, se encuentra la citada ley, ni en el código visogodo se hace la menor mencion de dicha costumbre. Si, pues, en los códices latinos visogodos que debieron haber servido de originales para la traduccion, no se halla la ley que se disputa, ¿qué aprecio deberán merecer unas copias que no estan conformes, sino que discrepan de sus originales?

6 Para precaver este argumento dice el señor Lardizabal que pudo haberse perdido el original de donde se sacó la copia. ¡Miserable efugio á la verdad! El hecho ciertamente cabe en la esfera de la posibilidad, pero está muy distante de la verosimilitud y probabilidad.

7 Seria ciertamente una especie de prodigio en los acaecimientos humanos que habiéndose conservado nueve códices incorrectos y defectuosos se hubiese perdido solo el original ó corregido; pero demos que hubiese existido un códice latino en que se hallase la espresada ley, ¿qué fé mereceria este códice en contraposicion de tantos otros que no la traian? El mismo señor Lardizabal nos suministra la decision de esta duda en un caso del todo semejante.

8 Hablando al folio 34 de su prólogo de la ley 12, tít. 2.º, lib. 7.º, que ningun códice latino la atribuye al Rey don Rodrigo, y solo uno castellano le da por autor, afirma que no debe dársele crédito. Si habiendo un códice castellano que atribuye una ley á un Rey, sin que ninguno de los latinos lo hagan autor de ella, no debe ser creido, segun el señor Lardizabal, ¿con cuánta mas razon no deberá ser tenida por legítima y genuina una ley que aunque la traen los códices castellanos no hace mencion de ella ninguno de los latinos?

9 Todavia era menester para dar alguna apariencia y colorido de probabilidad á la opinion del señor Lardizabal suponer que el códice latino de que se copió la ley de que hablamos fuese de época anterior al Albendense y Emiltenense, que se copiaron poco mas de dos siglos de la muerte del Rey Egica, autor de la última coleccion del código visogodo, porque si era posterior, la presuncion y la sana crítica estaban á favor de dichos códices, como de tiempo mas inmediato al en que se formó el código original. La gallardía de la escritura que se echa de ver en ambos códices ofrece una presuncion muy fundada de que no seria menor el cuidado y diligencia que pondrian los copiantes en buscar y elegir códices correctos y exactos que el esmero que tuvieron en copiarlos con exactitud, y escribirlos con elegancia y gallardía.

10 Prescindiendo todavia de estas congeturas, en cierto modo comunes y generales pasemos á otra particular y mas concreta al asunto. Asi la academia como el señor Lardizabal al folio 2.º y 40 de sus respectivos prólogos, son de parecer que para la copia ó traduccion que se hizo del fuero latino visigodo al castellano se tomó por original el códice del cabildo de san Isidro de la ciudad de Leon, y otro muy semejantes; si, pues, en este no se encuentra la mencionada ley, ¿qué consecuencia puede inferirse mas legítima de que dicha ley fue una adicion que se hizo al tiempo de la traduccion?

11 El señor Lardizabal reconoce tambien la legitimidad de esta ilacion al folio 38 de su prólogo, donde hablando de algunas leyes que se hallan en los códices castellanos sin estar en los latinos, dice lo que sigue: "otras leyes se encuentran entre las castellanas que no se hallan en los códices latinos, y por consiguiente se formaron é insertaron al tiempo de hacerse la

version ó de escribirse los códices en que se hallan." Si la ley de que tratamos se halla en el mismo caso, ¿qué causa ó razon puede haber para reputarla como parte integral y legítima de la legislacion visogoda, y negar á las otras esta cualidad ó prerogativa, y no decir de ella lo que se dice de las demas que se formaron é insertaron al tiempo de hacerse la version, ó de escribirse los códices en que se hallan, si no que se recurre al arbitrio ó medio estraordinario de suponer que se perdió el original latino de que se sacó la copia?

12 Continua el citado autor contrayéndose á ciertas leyes que en contraposicion á las que se hallan en los códices castellanos y no se encuentran en los latinos se atribuyen á los godos, y en realidad no fueron sus autores, esplicándose en estos términos: "otras hay que aunque suenan hechas por los godos, son posteriores á ellos, tales son todas las leyes de que se compone el título de los denuestos y palabras injuriosas, que los códices castellanos que le traen, pues no se halla en todos, ponen por tercero del libro 12. Aunque dos códices latinos, que son el legionense y el escurialense 2.º, traen estas leyes, no por eso se ha de creer que hayan sido hechas por los godos, porque ellas mismas ofrecen una prueba convincente de que se hicieron despues de la invasion de los moros, pues en la 6.ª se declara por injuria y se castiga como tal el llamar á uno sarraceno no siéndolo, lo que de ningun modo puede convenir ni adoptarse al tiempo de la dominacion de los godos, y por consiguiente á su legislacion." Hasta aqui el señor Lardizabal.

13 La prueba que tiene el señor Lardizabal por convincente para probar que las leyes del citado título se hicieron despues de la invasion de los moros, deducida de la disposicion de la ley 6.ª, la considero yo muy falible é infundada, porque supuesto que en tiempo del Rey Egica, que fue el último compilador del códice visogodo, habia ya sarracenos en Africa, y que profesaban la secta ó falsa religion del alcorán, no era de estrañar que las leyes godas declarasen como injuria y castigasen como tal el llamar á uno sarraceno no siéndolo, porque los de esta raza no son malos por el lugar en que habitan, sino por la religion ó secta que profesan. En comprobacion de esta verdad se puede alegar la ley 2.ª, tít. 10, lib. 8.º de la Recopilacion, en que el Rey don Felipe II prohibió bajo de ciertas penas llamar á uno herege no siéndolo, y sin embargo es bien notorio y constante que en tiempo de dicho soberano no se toleraban los hereges en España, de que se convence que la disposicion de la ley 6.ª no ofrece ni aun un argumento probable de que se formase despues de la invasion de los moros.

14 Me he detenido á examinar este punto por si acaso puede contribuir á la ilustracion de la historia de nuestra jurisprudencia, que con tan poco cuidado y acierto han tratado nuestros sabios anticuarios hasta de medio siglo á esta parte.

15 Pasemos á ver en qué códigos se insertó la ley del Emperador Constantino, y qué variedad ó alteracion padeció en ellos. El Emperador Teodosio el menor la trasladó á su código en los mismos términos que la sancionó el Emperador Constantino, y se halla en la ley 5.ª, tít. 5.º, lib 3.º del código Teodosiano: posteriormente la copió en el suyo á la letra el Emperador Justiniano en la ley 16 tít. 3.º *de donationibus ante nuptias.* De este código de Justiniano es de presumir se tomó esta ley para insertarla en la traduccion que se hizo en el siglo XIII del código latino visogodo al castellano, segun lo que anteriormente tengo manifestado; pero ya entonces la disposicion de la ley no se copió á la letra, sino en la substancia, reduciéndola á que si muriese el esposo despues de hecha la donacion y dado el beso á la esposa, quedase esta con la mitad de todo lo que el esposo le hubiere dado, y la otra mitad fuese de los herederos del esposo; pero si no intervino el beso, la esposa nada debe retener de lo que recibió del esposo, pero cuando la esposa dió algo al esposo, haya ó no intervenido el beso, si llegase á morir aquella todo debia volverse á sus herederos, ley 5.ª, título 1.º, lib. 3.º del fuero juzgo.

16 Tambien se encuentra substancialmente, aunque referida con mas estension de palabras, la disposicion del Emperador Constantino en la ley 3.ª, tít. 11 de la partida 4.ª, y como los compiladores de la obra inmortal de las partidas seguian por lo regular las disposiciones del derecho comun ó civil de los romanos, que en el siglo XIII se estudiaba con esmero en las universidades, se hace muy probable tomasen del código de Justiniano mas bien que de el de Teodosio la ley del Emperador Constantino.

17 En el fuero viejo de Castilla, que úl-

timamente recopiló el Rey don Pedro el año de 1356, en el libro 5.º, tít. 1.º de las arras y donadios que da el marido á la muger, se refiere en la ley 4.ª una fazaña en que una doña Elvira, desposada con un caballero, habia recibido de su esposo ciertos paños, cinteras y otras dádivas, y por no haberse verificado el matrimonio solicitaba el esposo se le restituyese lo que habia dado á doña Elvira, y habiendo comparecido ante don Diego Lopez de Faro, adelantado de Castilla, el caballero y un tio de la esposa, resolvió este que si doña Elvira otorgaba que habia besado y abrazado al caballero fuese todo suyo cuanto la habia dado el esposo, y sino lo otorgaba que volviere todo lo que habia recibido, y por no haber querido otorgar que la habia abrazado ni besado volvió al esposo cuanto le habia dado, que es la única indicacion que se hace en el fuero viejo castellano de la ley de Constantino, que probablemente se tomaria del fuero juzgo castellano.

18 La ley del Emperador Constantino se encuentra tambien en la 5.ª, tít. 2.º del lib. 3.º del fuero real, donde se hace la misma distincion de haber intervenido ó no el beso entre los esposos para ganar el donatario la mitad de la cosa donada, ó restituirla por entero; se aumenta en la misma ley que si intervinieron arras y llegó á consumarse el matrimonio sean de la esposa ó de sus herederos. Es de presumir que esta ley se tomó del fuero gótico castellano, por hacerse mencion de las arras en el epígrafe de dicha ley, de que no se habla en ninguno de los códigos anteriores.

19 Ultimamente se insertó la ley del Emperador Constantino en la famosa coleccion de leyes que formaron los Reyes católicos, publicadas en las cortes de Toro, en que se fijaron los principales puntos de la jurisprudencia española con la siguiente variacion. En primer lugar establecieron con arreglo á la ley primitiva que la esposa ganase la mitad de lo que el esposo le hubiere dado antes de consumado el matrimonio si la hubiese besado, y nada si no intervino beso. En segundo quisieron que esta misma disposicion rigiese para el caso que el matrimonio se hubiese celebrado, ó fuese de presente sin haberlo consumado; y últimamente ordenaron que si el matrimonio se habia consumado ganase la muger ó sus herederos cuanto le dió el esposo, á no ser que hubiese tambien recibido arras, en cuyo caso dieron á la muger ó sus herederos la facultad de poder elegir el quedarse con las arras ó lo que el marido le hubiese dado cuando con ella se desposó, concediéndoles para hacer esta eleccion el término de veinte dias, sin hacer mencion del caso en que la esposa hubiese hecho la donacion al esposo.

20 Como uno de los objetos de las leyes de Toro fue aclarar varias dudas, ya del derecho civil, ya del real, se viene en conocimiento de que esta ley se propuso declarar la del fuero real, que indistintamente concedia la donacion esponsalicia y las arras á la muger despues de consumado el matrimonio.

21 Continuando el método que comunmente he observado en estos comentarios de proponer primero las decisiones del derecho civil ó romano, para descender despues a las del real español, digo que una de las varias especies de donaciones se llama esponsalicia, por la cual los esposos en señal de mutua benevolencia se dan alguna cosa con la esperanza del matrimonio que han de contraer, antiguamente las cosas que se daban sino se verificaba el matrimonio no volvian al donante, sino que permanecian en el donatario, á no ser que se pactase lo contrario, como lo manifiesta la ley 7.ª, C. *de donationibus ante nuptias*, y de consiguiente si la donacion se habia hecho pura y simplemente, sin hacer mencion alguna de matrimonio, las cosas donadas no las podia repetir el que las habia dado, ley 9.ª y 10 del mismo título.

22 Posteriormente quiso el Emperador Constantino que toda donacion que se hiciese entre los esposos llevase en sí embebida la condicion de que se verificase el matrimonio, de que se seguia de que no verificandose este sin culpa del donante tuviese derecho á repetir lo que habia dado, ley 15, *eodem*, y pasando á distinguir la causa que habia impedido la celebracion del matrimonio, dispuso que si uno y otro habian convenido en no contraerlo, cada uno devolviese lo que habia recibido del otro, pero si la causa dimanaba del que habia hecho la donacion, no tuviese derecho alguno para repetir se le vuelva lo que habia donado, ley 15, *eodem*. Si la muerte habia impedido el que se llevase á efecto el matrimonio, entonces ordenó el mismo Emperador que si el esposo habia hecho la donacion é intervenido ósculo, solo él ó sus herederos pudiesen repetir la mitad

de lo contenido en la donacion, quedando la esposa ó los suyos con la otra mitad, pero no habiendo intervenido ósculo, todo lo que habian dado, bien fuese el esposo ó la esposa, debia restituirse al que habia hecho la donacion, ley 16 del mismo título.

23 Por nuestro derecho real se dispuso en este punto lo que se contiene en las leyes de los varios cuerpos legales que quedan referidas. Pasemos ahora á resolver las dudas que suscitan los autores acerca de la disposicion de la presente ley, y para hacerlo con la debida claridad se propondrán las dudas por su órden y con la debida separacion.

24 Primera duda: si por el beso que precedió á los esponsales adquirirá la esposa la mitad de los bienes de la donacion que despues le hizo el esposo: Diego del Castillo en la glosa á esta ley, verbo besado, Palacios Ruvios en su glosa número 8.º, Antonio Gomez al fin del número 6.º de su Comentario, y Covarrubias en la parte 1.ª *de sponsalibus*, cap. 4.º, §. 1.º, número 21, resuelven que en el caso propuesto no debe tener lugar la disposicion de la ley, porque no se verificaba que el beso hubiera sido de esposos, sino de personas libres, y de consiguiente ilícito y reprobado, y mas digno de castigo que de premio, cuyo dictámen tengo por muy fundado y conforme á la letra y espíritu de la ley.

25 La segunda duda, muy semejante á esta, consiste en si cuando la cópula ha precedido á los esponsales podrá adquirir la esposa la mitad ó el todo de los bienes de la donacion esponsalicia, y por los mismos fundamentos en que apoyaron la anterior resolucion son de parecer los mismos autores que en el caso propuesto no rige la disposicion de la ley; Castillo alli, Palacios Ruvios, número 9, Antonio Gomez y Covarrubias en el número 24 de los lugares citados, dando por razon que en tal caso la cópula no seria conyugal, sino ilícita y fornicaria, y por lo tanto no era acreedora la muger á recibir ningun lucro de lo que se la habia dado en concepto de esposa.

26 En apoyo de esta opinion citan algunos de los autores espresados el capítulo 15 de las decretales *de sponsalibus*, en que habiendo sido consultado el romano Pontífice sobre un caso en que habiendo intervenido cópula y esponsales, posteriormente el mismo esposo contrajo con otra matrimonio de presente, resolvió su Santidad que debia sostenerse el primer matrimonio, que en realidad no lo hubiera sido por el mero hecho de la cópula si no hubieran intervenido los esponsales.

27 Tercera duda: si cuando habiendo precedido los esponsales el beso se verificó antes de que el esposo hiciera la donacion esponsalicia á la esposa, podra esta lucrar la mitad de lo que el esposo le hubiera dado: Palacios Ruvios se propone espresamente esta duda en el número 10, y la deja sin resolver en el número 15. Antonio Gomez, en el lugar arriba citado, es de parecer que contraidos los esponsales, bien sea que la donacion esponsalicia preceda al beso, ó este aquella, siempre lucrará la esposa la mitad de lo que el esposo le hubiere dado, y se funda en que en los dos casos milita la razon de la ley, que es la que indicó al número 4.º, acaso fundado en que cuando el beso precede á la donacion se ha de considerar esta remuneracion de aquel, y cuando esta precede se ha de considerar aquel como remuneracion de esta; pero á mi parecer el fundamento mas sólido para apoyar la resolucion de Gomez estriba en las mismas palabras de la ley, que hablando de la esposa, bien sea de presente ó de futuro, quiere que gane la mitad de lo que le hubiere dado el esposo si la hubiere besado antes de disolverse el matrimonio, y como esto se verifica tanto en el caso que preceda el beso á la donacion, como esta al beso, debe decirse que segun la espresion literal de la ley ha de regir su disposicion igualmente en uno y otro caso. De la misma opinion es Matienzo en el Comentario á esta ley, glosa 3.ª, número 2.º

28 Mayor dificultad presenta la siguiente duda, muy semejante al parecer á la precedente, y en cuya decision varían los espositores, reducida á si cuando la cópula ha precedido á la donacion esponsalicia podrá la muger lucrar los bienes donados en virtud de la disposicion de la presente ley. Diego del Castillo al fin de la columna 7.ª de su Comentario §. antes de consumido, espresamente resuelve que si el esposo contraidos los esponsales hubiese conocido carnalmente á la esposa, y despues le hiciese alguna donacion, no la adquiriria esta, á causa de que por la cópula ya habia quedado consumado el matrimonio. Palacios Ruvios, aunque se propone esta misma duda al número 10, la deja sin resolver.

29 Antonio Gomez, separándose de la opinion de Castillo, afirma que en el caso de la disputa la muger ganará por la cópula el todo de la donacion esponsalicia: los fundamentos en que apoya su opinion se reducen á que asi como en el caso del beso anterior á la donacion adquiere la muger la mitad de los bienes donados, del mismo modo debe decirse que los adquiere en el caso de que interviene cópula, porque en ambos milita la misma razon, y á mas se presume que el esposo hace la donacion en premio y remuneracion del beneficio recibido. Tambien alega en favor de su opinion el comun uso que supone en España de llamar siempre esposa á la muger cuando no han intervenido las velaciones y bendiciones de la Iglesia, háyase verificado ó no la cópula, y finalmente recurre al arbitrio de que si no puede ser válida esta donacion como hecha á la esposa en virtud de la presente ley, valdria como hecha á la muger despues del primer año del matrimonio, y se confirmaria por la muerte, como lo sienta al número 76 del mismo Comentario, donde se refiere, y cita en comprobacion la ley 3.ª, tít. 12, lib. 3.º del fuero real.

30 Como tengo por manifiestamente falsa la opinion de este autor, segun lo haré ver despues, paso á indicar cuán débiles y desatendibles son las razones en que intenta apoyar su dictámen. La semejanza y paridad que supone darse entre el caso del beso y de la cópula, es enteramente falsa, como lo probaré despues, bastando indicar ahora la notable diferencia que media entre el beso y la cópula, para no atribuirles los mismos efectos, pues por el primero en nada se alteran los esponsales de futuro, sino que permanecen subsistentes, y en cierto modo se confirman y ratifican, cuando por la cópula enteramente se destruyen los esponsales, pasando á ser un verdadero matrimonio lo que antes solo era una promesa de contraerlo.

31 La presuncion de que el esposo le hace la donacion á la esposa en premio y remuneracion del beneficio recibido, es vana y desatendible, asi como igual presuncion no basta para hacer válidas las donaciones entre marido y muger, no se duda ni es suficiente que el ánimo del esposo sea el que supone Gomez, sino que era necesario que la donacion hecha con este ánimo fuese aprobada y legitimada por la ley, lo que ciertamente no se verifica.

32 Tampoco es cierto lo que asegura de que el comun uso observado en España es llamar esposa á la muger, siempre que no hayan intervenido las velaciones y bendiciones de la Iglesia, y no se ha trasladado á la casa del marido, aunque haya intervenido cópula, porque si esto fuera como se supone, aun cuando los casados no se hubiesen velado y habitasen en la casa de los padres de la esposa, podrian hacerse válidamente recíprocas donaciones sin contravenir á las repetidas leyes que prohiben y anulan las donaciones entre marido y muger.

33 No es menos desatendible la salida ó efugio con que intenta Gomez apoyar su dictamen suponiendo que si no valia la donacion esponsalicia como hecha á la esposa, seria válida como hecha á la muger despues del primer año del matrimonio, segun la ley citada del fuero real, y se confirmaria por la muerte, y la razon es clara, porque en primer lugar era necesario acreditar que la disposicion de la ley del fuero estaba en uso entre nosotros, pues de otro modo no debe tener observancia, y aun cuando la tuviera, y por la muerte de alguno de los casados se confirmase la donacion, nada aprovechaba para el intento que se propone Gomez, porque no se verificaria que el dominio de los bienes donados lo habia adquirido la esposa por la cópula, que es el caso de la disputa, sino por la muerte, lo que nada tiene que ver con la disposicion de la ley de que gane la muger por la cópula cuanto el esposo le hubiere dado. Si esta ganancia ó adquisicion de dominio le proviene á la muger de la cópula, es claro que no le puede provenir de la muerte.

34 Es cierto, sin embargo, que la ley dice que si cualquiera de los esposos muriese despues de consumado el matrimonio gane la esposa lo que el esposo la hubiere dado; pero esto en realidad no es decir que gana la esposa por la muerte lo que el esposo le hubiere dado, sino que verificada la muerte se traslada á la muger ó sus herederos irrevocablemente el dominio de los bienes que tenia ya adquiridos en virtud de la cópula, á la manera que por la muerte de uno de los casados se dice que adquiere el sobreviviente la mitad de los gananciales, no para dar á entender que la muerte es el título de adquisicion ó pertenencia, sino para manifestar que por ella

entra uno de los consortes en el dominio irrevocable de los bienes que ya tenia adquiridos, y de consiguiente aun cuando por la muerte adquiriese la muger el dominio de los bienes comprendidos en la donacion esponsalicia en el caso que esta fue posterior á la cópula, segun la opinion de Gomez, no se verificaria la disposicion de la ley que señala y declara la cópula como título de adquisicion, sin embargo de que hasta la muerte no entra la muger en la posesion de lo que ya era suyo y tenia adquirido.

35 Acevedo se declara por la opinion de Gomez en su comentario á la ley 4.ª, tít. 2.º, lib. 5.º de la Recopilacion, y como el citado autor es uno de los que mas comunmente se valen los letrados para la resolucion de sus dudas, me ha parecido conveniente copiar sus palabras, para que se vea la confusion con que se esplica, y la poca solidez de las razones que alega en apoyo de su opinion. En el número 13, despues de convenir en que el beso se ha de dar contraidos ya los esponsales, segun el señor Covarrubias, bien se verifique antes ó despues de la donacion esponsalicia, como opina Gomez, saca y deduce la siguiente consecuencia: que aun cuando la cópula preceda á la donacion y tambien á los mismos esponsales, lucrará la muger lo que se le haya dado, porque milita la misma razon, bien se verifique la cópula antes ó despues de la donacion, que es el premio del pudor perdido, y de consiguiente debe regir el mismo derecho; á mas de que la ley equipara el caso del beso al de la cópula en cuanto al lucro ó adquisicion de la muger, aunque no en la cantidad; y como en cuanto al lucro se equiparan estos dos casos, y segun la presente ley con respecto al ósculo sea bastante que la donacion esponsalicia se haya verificado despues de contraido los esponsales, bien sea que el ósculo hubiere precedido á la donacion, ó seguídose á ella, como se prueba claramente por la ley, luego lo mismo se debe decir cuando interviene cópula, porque es la misma la razon y el derecho de las cosas equiparadas, á mas de que las palabras de la ley "antes de consumido el matrimonio" tan solamente se ponen para diferenciar y distinguir el caso de la cópula del de el ósculo en cuanto á la cantidad que se ha de lucrar, y no porque se tenga respeto y consideracion á que preceda ó no el ósculo y la cópula, con tal que se hayan contraido los esponsales cuando interviene el ósculo y la cópula, como se colige claramente del versículo de la ley: "Pero si cualquier de ellos muriere despues de consumado el matrimonio;" y sigue: mira como esto se dice para manifestar la diferencia de lo que se dispone cuando la muerte se verifica antes de la consumacion del matrimonio, lo que mas claramente se manifiesta de este mismo versículo, porque si despues de la consumacion del matrimonio muriera inmediatamente la muger, se seguiria que si no lucraba lo que antes se le habia dado, porque habia precedido la cópula, este versículo de ningun modo se podria sostener, lo que es falso, luego su opinion es verdadera, y pasa á continuacion á referir la distincion que hace la ley de cuando en el matrimonio han intervenido tambien arras; y con referencia á sus últimas palabras de que pudiese tomar la muger ó sus herederos lo que el marido le hubiere dado, dice que de aqui se infiere que en cuanto á adquirir el lucro no hizo distincion alguna de que se hubiesen dado las cosas que lucraba antes ó despues del ósculo ó cópula, sino que únicamente atiende á que se hubiesen dado despues de contraido los esponsales, de que infiere que ni él tampoco debe distinguir, y asi afirma que bien el ósculo y cópula precedan ó nó á la donacion, la esposa lucrará las jocalias segun la esposicion de la presente ley.

36 Todavia corrobora su opinion alegando que en la práctica nunca vió se siguiera la opinion contraria, y afirma que posteriormente se alegró de ver que Ayora en el cap. 7.º, número 37, parte 1.ª de sus tratados de particiones, era del mismo dictámen, y por último tiene la satisfaccion de decirnos que ninguno de los autores que le precedieron habia alegado los fundamentos que él para probar su opinion.

37 Antes de entrar en el exámen de las razones de este autor, conviene tener presente que la donacion esponsalicia, que en latin se llama *sponsalicia largitas*, era la que uno de los esposos hacia al otro antes de contraer el matrimonio por palabras de presente, y aunque en tiempo anterior al Emperador Constantino, dicha donacion se entendia absoluta si no se espresaba en ella que se hacia con condicion de contraer matrimonio, segun la ley 10, C. *de donationibus ante nuptias*, por dicho Emperador se ordenó que la referida dona-

cion se presumiese hecha con esperanza del futuro matrimonio cuando otra cosa no se espresaba, ley 15, C. *eodem tit.*

38 Tambien es indispensable recordar la diferencia entre esponsales de futuro, esponsales de presente, y matrimonio consumado. Esponsales de futuro se llaman asi porque envuelven la promesa y obligacion de contraer despues matrimonio; esponsales de presente son aquellos por los que efectivamente se contrae el matrimonio por palabras de presente, el que comunmente se llamó rato, segun los canonistas. De unos y otros esponsales hace mérito la primer parte de nuestra ley, debiéndose advertir que los esponsales en uno y otro caso siempre son de presente, esto es, que encierran y contienen una obligacion actual y absoluta, y el llamarse de futuro y de presente es solo con relacion al matrimonio que esperan contraer y al que han contraido. Matrimónio consúmado es el que recibe su complemento y perfeccion por la cópula carnal. En los dos casos primeros de los esponsales de futuro y de presente tiene lugar la disposicion de la ley, que ordena que si el esposo hubiese besado á la esposa, gane esta la mitad de lo que el esposo le hubiere dado.

39 Se ha dicho que el matrimonio consumado es el que se perfecciona y consuma por la cópula carnal; resta examinar si la virtud que tiene la cópula de consumar el matrimonio ó rato ó de presente, se estiende tambien á los esponsales de futuro, de cuyo exámen ha de resultar el acierto de la resolucion de la duda que estamos tratando.

40 Como este punto pertenece propia y peculiarmente al derecho canónico, debemos con preferencia consultar sus resoluciones en ésta materia. En el capítulo 15 y 30 *de sponsalibus*, y en el 8.º *de desponsatione impuberum*, se declaró por los Pontífices Alejandro III y Gregorio IX que los esponsales de futuro pasan por la cópula á hacerse no solo esponsales de presente, sino matrimonio consumado; en tanto grado pasan á ser matrimonio consumado por la cópula los esponsales, que no se puede disolver por la profesion religiosa, segun se declara en los capítulos 7.º y 14 de las decretales *de conversione conjugatorum.*

41 Nuestras leyes de partida, que rara vez se apartan de las decisiones canónicas, las han seguido escrupulosamente en este punto, como se echa de ver en la ley 4.ª, tít. 1.º, y en la 4.ª y 5.ª, tít. 10 de la partida 4.ª, y particularmente se hace notable la ley 3.ª del tít. 1.º, donde tratándose del modo de venir en conocimiento si los esponsales contraidos por los menores de edad por palabras de presente, pasaban á matrimonio ó rato despues de haber cumplido la edad correspondiente para contraer matrimonio, una de las señales que propone para adquirir este conocimiento es si el esposo yobiese con la esposa como varon con muger. Mas claramente se esplica todavía la siguiente ley, en que se propone la diferencia que hay entre el matrimonio de presente y el consumado, por estas palabras: "diferencia nin departimiento ninguno no ha para ser el matrimonio valedero, entre aquel que se face por palabras de presente, é el otro que es acabado ayuntándose carnalmente el marido con la muger.... Pero el un matrimonio es acabado de palabra, é de fecho, é el otro de palabra tan solamente."

42 Esta disciplina de la Iglesia de que los esponsales de futuro pasasen á ser matrimonio consumado por la cópula subsiguiente, se observó en España hasta el año de 1564, en que el Rey don Felipe II por su real cédula de 12 de Julio del espresado año encargó y mandó á los arzobispos, obispos y demas prelados á quienes tocase publicar y guardar lo dispuesto en el santo concilio de Trento, por el cual se declararon írritos y nulos los matrimonios que no fuesen celebrados ante el propio párroco ú otro que ejerciese sus veces, y de dos testigos á lo menos, en el capít. 1.º, de la sesion 24, *de reformatione matrimonii*, en virtud de cuya disposicion quedaron derogados los capítulos canónicos citados, que ordenaban que los esponsales de futuro pasasen á ser matrimonio consumado por la cópula subsiguiente.

43 Supuestos estos antecedentes, paso á manifestar los sólidos é incontestables fundamentos de la opinion contraria á la de Acevedo, y al mismo tiempo haré ver la obscuridad y confusion con que se esplica este autor, y el sentido tan estraño y equivocado que intenta aplicar á las palabras de la ley.

44 En primer lugar se hace muy notable que dicho autor despues de convenir en que el beso se ha de dar contraidos ya los esponsales, verifiquese ó no la donacion

antes ó despues del beso, segun dice que opina Gomez, saca la consecuencia de que aun cuando la cópula preceda á la donacion y tambien á los mismos esponsales, lucrará la muger lo que se le hubiere dado, porque milita la misma razon. Si Gomez espresamente dice que los esponsales han de preceder al beso, ¿en qué juicio cabe inferir que si para que la muger lucre por el beso la mitad de lo que el esposo le hubiere dado han de preceder los esponsales, aun cuando la cópula preceda á estos producirá el efecto que señala la ley?

45 Todavia es mas estraño que apoye esta ilacion en que milita en un caso y otro la misma razon. Si Gomez, á quien sigue Acevedo, tiene por requisito indispensable que los esponsales precedan al beso, ¿cómo cabe pretender que en el caso de la cópula, cuando esta precede á los esponsales, ha de militar la misma razon que en el beso? Es tan claro este error de Acevedo, que él mismo reconoce en la esposicion que se ha referido arriba que para que el beso produzca los efectos que la ley le atribuye, ha de ser subsiguiente ó posterior á los esponsales, de que debia haber inferido que otro tanto debia decirse en el caso de la cópula.

46 Preguntemos á Acevedo si la opinion que defiende es con referencia al tiempo anterior al concilio de Trento, y es indispensable responda que sí, porque es la misma que la de Antonio Gomez, y este publicó su obra en el año de 1555, algunos años antes de la publicacion y observancia del concilio de Trento en España, como se ha visto, de que se deduce que en aquella época los esponsales de futuro pasaban á ser matrimonio de presente, y consumado por la cópula subsiguiente, en cuya suposicion era indispensable reconocer que la donacion hecha á la esposa despues de verificada la cópula, era una verdadera donacion *inter vir. et uxor.*, prohibida por las leyes civiles y reales, y por lo tanto no podia adquirirla la muger, sin que aproveche alegar que dicha donacion se confirmaba por la muerte de uno de los contrayentes, porque como ya se ha dicho arriba, el título de la adquisicion no seria la cópula, que es el que señala la ley, sino la muerte de uno de los consortes.

47 Solo la eficacia de este argumento bastaba para destruir la opinion de Gomez y Acevedo, y hacer demostrable su falsedad, pero todavia hay otro mas convincente, como fundado en las mismas palabras de la ley; dice esta: "cualquiera esposa ora sea de presente, ora sea de futuro, suelto el matrimonio gane, si el esposo la hubiere besado, la mitad de todo lo que el esposo le hubiere dado antes de consumido el matrimonio, ora sea precioso ó nó:" en cuyas palabras espresamente requiere la ley para que la esposa gane por el beso la mitad de lo que el esposo le hubiere dado, que la donacion se haya hecho antes de consumado el matrimonio, con que siguiendo el mismo espíritu, para que gane la esposa por la cópula que consuma el matrimonio todo lo que el esposo le hubiere dado, era necesario que la donacion se hubiera verificado antes de la consumacion del matrimonio, pues si, como reconoce Acevedo, en uno y otro caso milita la misma razon, asi como en el caso del beso se requiere que la donacion preceda á la cópula, del mismo modo en el caso de esta deberá tambien preceder la donacion.

48 Ni satisface decir, como quiere Acevedo, que las palabras de la ley, *antes de consumido el matrimonio*, tan solamente se ponen para diferenciar el caso de la cópula del del beso en cuanto á la cantidad que se ha de lucrar, y no porque se tenga respeto y consideracion á que preceda el beso y la cópula á la donacion, ó sea subsiguiente, porque media la notabilísima diferencia de que tanto en el caso de que el beso preceda á la donacion, como en el que sea subsiguiente, siempre se verifica que la donacion se hace del esposo á la esposa de futuro ó de presente antes de haberse consumado el matrimonio, lo que no sucede cuando la cópula ó consumacion del matrimonio ha precedido á la donacion, porque entonces ya no es del esposo á la esposa, sino de marido á la muger.

49 Todavia hay otra razon muy notable que confirma el anterior concepto: la donacion esponsalicia trae consigo envuelta la condicion de que se contraiga el matrimonio, y como esto no puede verificarse cuando la cópula precede á la donacion, porque entonces ya está el matrimonio contraido, es preciso decir que para que tenga efecto la condicion indicada de la donacion y la disposicion de la ley, y pueda ganar la muger ó sus herederos toda lo que el esposo le hubiere dado, se ha de hacer antes que intervenga la cópula, porque sien-

do posterior se seguiria el absurdo y una contradiccion manifiesta, que despues de consumado el matrimonio hiciese donacion un esposo á otro, bajo la condicion de que este se verificase.

50 Diráse acaso para eludir la fuerza de este argumento, que despues que nuestra ley real permitió que la donacion esponsalicia pudiera tener lugar entre los esposos de presente, cesó aquella condicion que presumia el derecho civil de que se verificase el matrimonio, pues de lo contrario se seguiria el mismo absurdo que hemos notado arriba, á saber, que habiendo contraido matrimonio de presente donase á su esposa bajo la condicion de que se efectuase el matrimonio.

51 Esta respuesta, aunque á primera vista parezca sólida é ingeniosa, no alcanza á disolver el argumento propuesto, pues aunque es cierto que la condicion que presumia el derecho civil en la donacion esponsalicia, no pueda tener lugar despues que por nuestra ley se estendió la facultad de hacer dicha donacion á los esposos de presente, es innegable que en lugar de la condicion que se suponia por el derecho civil, substituyó nuestra ley la de que se consumase el matrimonio, como lo persuade claramente la distincion que hace la ley de cuando se disuelve el matrimonio antes de consumarse ó despues de consumado, disponiendo que en el primer caso todo se vuelva al esposo sino hubo ósculo, y en el segundo que todo lo gane la esposa, pues á no presumir la ley real que la donacion esponsalicia se hacia con la condicion de que se consumase el matrimonio, del mismo modo la ganaria la esposa cuando se disolvia el matrimonio antes de su consumacion que despues de ella, debiéndose advertir que esta misma condicion se presume en los esposos de futuro, sin que baste para que la esposa gane la donacion esponsalicia el que se haya verificado el matrimonio de presente, sino ha llegado á consumarse por la cópula.

52 Resumiendo, pues, el argumento digo, que la donacion esponsalicia en virtud de nuestra ley trae la condicion de que se consume el matrimonio, y seria un absurdo presumirla en una donacion que se hiciese despues de consumado el matrimonio, luego no puede tener lugar en la donacion posterior á la cópula, por la que se consuma aquel.

53 Pretende Gomez, á quien sigue Ayora en el lugar citado y Acevedo en el número 26, que segun costumbre de España el matrimonio no se dice consumado hasta que se celebren las velaciones, sin embargo de que haya precedido la cópula, pero como ni prueban esta práctica ni alegan razones en que fundarla, basta negarla para destruir su eficacia, debiendo advertir de paso que la ley 6.ª, *cum in te*, C. *de donationibus ante nuptias*, que cita Ayora para persuadir que la esposa conserva este nombre hasta que sea llevada á la casa del esposo, aunque antes haya sido conocida carnalmente por él, no prueba nada en el asunto, pues en ella se trata si la donacion se ha hecho ó no en tiempo hábil, y para esto distingue entre si la esposa permanecia en su casa ó habia sido trasladada á la del esposo, infiriendo en el primer caso, que el matrimonio era de futuro, y en el segundo que habia sido de presente, á fin de que no pudiera ella ganar la donacion, sin que se haga la mas mínima mencion de si habia ó no intervenido cópula, de que se convence cuán impropiamente alega Ayora la espresada ley, en la que se trataba de una donacion que solo podia ser válida en el caso de esponsales de futuro, que llevaba envuelta la condicion de que se siguiese el matrimonio, para intentar persuadir con ella que en el caso de la presente cuestion la cópula no consumaba el matrimonio.

54 La misma doctrina espende Acevedo al número 26, donde despues de reconocer que la opinion contraria á la suya es mas fundada en derecho, aunque el vulgo ignorante muchas veces admite indistintamente que la donacion hecha antes ó despues de la cópula la gane la esposa, y tambien se observe en la práctica, queriendo satisfacer á las palabras de la ley, *antes de consumido el matrimonio*, que se oponen directamente á su doctrina, pretende que se deben entender del matrimonio consumado por las velaciones y traslacion de la esposa á casa del esposo. Aquí se ve que reconoce Acevedo que la opinion contraria á la suya es mas fundada en derecho, y lo que alega de la práctica ya queda rebatido arriba.

55 De esta doctrina se seguiria que si al tiempo de contraerse el matrimonio de presente intervenian las solemnidades espresadas, no podria el esposo hacer dona-

cion á la esposa, ni esta la ganaria aunque hubiera sido hecha antes de verificarse la cópula, por reputarse ya consumado el matrimonio por el mero hecho de haber intervenido las velaciones y bendiciones de la Iglesia, y la traslacion de la esposa á casa del esposo. Tambien se seguiria qne en el caso de que muriese cualquiera de los contrayentes sin haberse celebrado las velaciones, lo que no pocas veces sucede, ni trasladádose la esposa á casa del esposo, no podria aquella ganar la donacion esponsalicia, porque no habia sido consumado el matrimonio, aunque de él hubieran tenido hijos, y últimamente si hubiera sido esta la práctica comun de España, no se hace creible se hubiese valido la ley de la espresion de consumado el matrimonio, de que usa el derecho canónico, sin espresar el significado que queria se diese á esas palabras.

56 La donacion esponsalicia se concede á la esposa, segun los espositores, en la parte ó en el todo, por la satisfaccion que ha recibido el esposo por el beso ó cópula; y como ninguna de estas satisfacciones le resulta al esposo del acto de las velaciones, debia cesar la recompensa. Tambien habria de decirse que por la presente ley se derogaba enteramente la disposicion del derecho civil y real, que prohiben la donacion entre el marido y la muger; y la razon es clara, porque en los dos casos en que está prohibido hacerse son en el matrimonio de presente y en el consumado; en el primero puede tener lugar como donacion esponsalicia en virtud de la espresion literal de nuestra ley, y segun la comun opinion de los autores de una y otra sentencia; en el segundo se la considera tambien donacion esponsalicia por los autores de la opinion que impugnamos, de que se deduce concluyentemente que la presente ley levantó y derogó la prohibicion de la donacion *int. vir. et uxorem*, ó marido y muger.

57 Esta ilacion obra mas directa y concluyentemente contra Gomez, quien en el número 66 de su Comentario, §. *advertendum tamen*, dice que parece que todas las razones que se alegan para prohibir las donaciones entre marido y muger deben entenderse cuando la donacion se hace despues de celebrado el matrimonio, consumádose, y se ha verificado la traslacion de la esposa á casa del esposo, pero no cuando solo interviene el matrimonio de presente, porque aunque en realidad se verifica que son marido y muger, no se presume haya entre ellos tanto amor y afecto, por lo que parece cesar la razon fundamental de la prohibicion, y de consiguiente será válida la donacion, y cita en comprobacion varios autores y comentadores del derecho civil, pero en seguida dice, que sin perjuicio del aprecio de los referidos autores, él es de contraria opinion, y que la donacion que se hace entre los esposos de presente antes de haberse consumado el matrimonio y trasladádose la esposa á casa del esposo, está tan comprendida en la prohibicion como la otra que se ha dicho se hace entre marido y muger, y cita varias leyes del derecho civil en su comprobacion, y algunos comentadores, pues este mismo autor en el número 6.º de su Comentario hemos visto se declara y sostiene la opinion de que la donacion que hace el esposo á la esposa despues de haber intervenido la cópula y consumádose el matrimonio es válida y subsistente; si la cópula entre los esposos de futuro hace que el matrimonio no solo sea de presente, sino que lo consuma, ¿cómo es conciliable que la donacion que el esposo hace á la esposa de presente esté comprendida en la prohibicion, y no lo esté la que se hace despues de consumado el matrimonio?

58 No ha sido mas feliz Acevedo en la esplicacion ó interpretacion que en el número 14 intenta dar á estas palabras: "antes de consumido el matrimonio," pretendiendo ó diciendo que se ponen para diferenciar el caso de la cópula de el del beso en cuanto á la cantidad que se ha de lucrar, pero no en cuanto á la precedencia que haya de tener el beso ó la cópula á la donacion, ó esta á aquellos, cuya interpretacion es arbitraria y manifiestamente opuesta y contraria á las palabras de la ley, porque aunque sea cierto que hay diferencia en la cantidad que ha de lucrar la esposa en el caso del beso ó en el de la cópula, en uno y otro supone la ley que la donacion la ha de haber hecho antes el esposo, y asi dice hablando del caso del beso, que gane la esposa la mitad de lo que el esposo le hubiera dado antes de consumido el matrimonio, luego supone la ley que la donacion ha de haber precedido á la consumacion del matrimonio, en el caso que haya de lucrar la mitad de la donacion esponsalicia por el beso.

59 La misma precedencia supone la ley en la donacion en el caso que despues de consumado el matrimonio se disuelve por la muerte, en cuyo caso dice: "que la muger y sus herederos ganen todo lo que seyendo desposados le hubo el esposo dado." Con lo que claramente manifiesta que la donacion la habia hecho el esposo cuando aun conservaba esta cualidad, siendo constante que la cualidad añadida á un acto debe intervenir al tiempo que se hace, segun la ley 4.ª, §. 1.º, ff. *de noxâlibus actionibus*, es asi que la ley supone que la donacion la habia hecho el esposo, luego todavia conservaba esta cualidad cuando la hizo, y como la misma se pierde, como queda demostrado, por la consumacion del matrimonio, se sigue necesariamente que la donacion se habia hecho antes de la consumacion.

60 Para hacer mas demostrable la solidez de este raciocinio, conviene observar que la ley despues de consumado el matrimonio no da á los casados el nombre de esposo ó esposa, sino de marido y muger, y asi hablando de la eleccion que se da á esta, habiendo arras en el matrimonio, de escoger estas ó la donacion esponsalicia, dice: "pero si arras obiere que sea en escogimiento de la muger ó de sus herederos... tomar las arras... ó dejarlas... y tomar todo lo que el marido le hubo dado siendo con ella desposado;" donde se ve que usa de la palabra marido y muger, y no de la de esposo y esposa, y en cuanto al hecho de la donacion se refiere al tiempo en que se hizo, que era en el que tenian la cualidad de esposos, y asi añade, lo que le hubo dado siendo con ella desposado.

61 Supone Acevedo que entre el caso del beso y de la cópula no hay otra diferencia sino la mayor ó menor cantidad que gana la esposa en uno de ellos, de que infiere de que asi como en el caso del beso no le empece á la muger para ganar la parte que la ley le señala el que la donacion haya sido posterior ó subsiguiente á él, del mismo modo no le debe empecer en el caso de la cópula que la donacion haya sido posterior á ella. Aunque ya dejo manifestado arriba la gran diferencia que interviene entre estos dos casos, pues por el beso en nada se alteran los esponsales, y por la cópula enteramente se destruyen, voy á formar un argumento contra Acevedo bajo su misma suposicion: en el caso del beso y de la cópula milita la misma razon, sin mas diferencia que la notada de la mayor ó menor cantidad que gana la muger, es asi que en el caso del beso la donacion ha de ser anterior á la consumacion del matrimonio, segun la espresion literal de la ley, luego en el caso de la cópula debe tener la donacion la misma anterioridad y precedencia á la consumacion del matrimonio.

62 Se hace al parecer incomprensible la ilacion que saca Acevedo de las palabras de la ley: "pero si cualquiera de ellos muriere despues de consumido el matrimonio; diciendo, mira cómo se dice esto," á diferencia de lo que dispone cuando se verifica la muerte antes de la consumacion del matrimonio, porque si despues de la consumacion de él muriese inmediatamente la muger, se seguiria que las cosas anteriormente donadas no las lucraria, porque habia precedido la cópula, de que se deduce que este versículo de la ley de ningun modo se podia sostener, lo que es falso, luego nuestra opinion es verdadera: hasta aqui Acevedo. He dicho que esta esposicion se hace al parecer incomprensible, porque habiendo dispuesto la ley que si el esposo hubiere besado á la esposa lucraba esta la mitad de lo que el esposo le hubiere dado antes de consumado el matrimonio, pasa á decidir lo que debia ejecutarse caso que la esposa ó el esposo muriesen despues de consumado el matrimonio, y afirma que lucraria la esposa cuanto el esposo le hubiera dado; supuesto esto cómo puede inferir Acevedo que si la esposa muriese inmediatamente despues de la consumacion del matrimonio, se seguiria que no lucraria lo que antes se le habia dado, dando por razon porque habia precedido la cópula, con lo que se manifiesta el craso error que comete en suponer que hay distincion entre la cópula y la consumacion del matrimonio, cuando son una idéntica y misma cosa, y asi si la donacion fue posterior á la cópula, no podia ser anterior á la consumacion del matrimonio, por lo que es una vergonzosa implicancia suponer que si moria la muger inmediatamente despues de la consumacion del matrimonio, no lucraria lo que antes se le habia dado, porque siendo la cópula la consumacion del matrimonio, era imposible que la donacion hecha despues de la cópula fuese anterior á la consumacion del matrimonio.

63 Es vana y desatendible la otra ilacion que saca del versículo "pero si arras," tomada de las palabras "todo lo que el ma-

rido le ovo dado siendo con ella desposado," infiriendo de ellas que para la adquisicion que habia de hacer la muger de lo que el marido le hubiese dado no hacia distincion si la donacion habia sido antes ó despues del beso ó la cópula, porque como hemos manifestado arriba, las palabras "lo que el marido le ovo dado siendo con ella desposado" se refieren al tiempo en que permanecian los esponsales, y de consiguiente denotan una época anterior á la consumacion del matrimonio. La satisfacion que dice le resultó de ver que Ayora era de la misma opinion que la suya, no prueba que una y otra no fuesen infundadas y contrarias á la letra y espíritu de la ley.

64 Hemos visto que la opinion de Gomez, Ayora y Acevedo y de los que los siguen es conocidamente falsa con referencia á lo que se observaba en la época anterior á la publicacion del santo concilio de Trento, en que se formó la presente ley; réstanos ahora ver qué deberá decirse en la época posterior al referido concilio: es constante que por este se declararon nulos ó írritos los matrimonios clandestinos, esto es, aquellos matrimonios privados que no se celebraban en la faz de la Iglesia con asistencia del propio párroco y dos testigos á lo menos. En virtud de dicha disposicion quedaron derogados los capítulos canónicos anteriormente citados, que suponian que los esponsales de futuro pasaban á ser matrimonio de presente, y consumado por la cópula subsiguiente, supuesto lo cual debe decirse, siguiendo el espíritu de la ley, que la donacion hecha despues de haber mediado la cópula entre los esposos, será válida en cuanto á su mitad que adquirirá la esposa, y la otra mitad pertenecerá á los herederos del marido sino llega á verificarse el matrimonio y consumarse por la cópula subsiguiente á su celebracion.

65 En una palabra, en la época posterior al concilio de Trento deberá observarse sin la mas mínima diferencia, lo mismo que dispone la ley se observe en el caso del beso, esto es, que supuestos los esponsales sea indiferente para que la esposa lucre la mitad de lo que el esposo le hubiere dado que el beso sea anterior ó posterior á la donacion, con tal que no se haya verificado la consumacion del matrimonio; la razon es porque la cópula posterior á los esponsales ya no consuma el matrimonio, y por lo tanto no puede ganar la esposa toda la donacion, sino meramente la parte que ganaria por solo el beso, como sabiamente lo advierte el P. Molina en el tratado 2.º, disputa 290, número 2.º, *de justitia et jure*, donde juiciosamente distingue las dos épocas anterior ó posterior al santo concilio de Trento, en los términos que quedan espresados.

66 Aun Gregorio Lopez, que publicó su glosa á las partidas en 1555, algunos años antes del concilio Tridentino, en la glosa 5.ª á la ley 3.ª, tít. 11, partida 4.ª, teniendo presente las palabras de la ley de Toro que exige haya intervenido cópula para que la esposa gane todo lo que el esposo le hubiere dado, infiere *à contrario sensu* que si la donacion que hace el esposo á la esposa fuera posterior á la consumacion del matrimonio nada lucraria la esposa.

67 Por último, debe advertirse en este punto que si la donacion la hace al esposo la esposa, y esta muriese antes de haberse celebrado el matrimonio, en tal caso las cosas donadas al esposo deberán devolverse á los herederos de la esposa, sin hacer diferencia en que haya intervenido beso, segun la ley 16, C. *de donationibus ante nupt.*, y la 3.ª, tít. 11, partida 4.ª, y lo mismo deberá decirse en el caso que haya intervenido cópula despues de la publicacion del concilio, segun el cual la cópula entre los esposos de futuro no consuma el matrimonio.

68 Si alguno repara, en que he dicho que por la cópula en los esponsales de futuro despues del concilio de Trento ganará lo mismo la esposa que por el beso, estrañando que por un acto ilícito le conceda premio la ley, advierta que por esa razon ni por el beso deberia lucrar cosa alguna la esposa, porque tambien es ilícito y pecaminoso siempre que haya deleitacion carnal y sensible, aunque no se presuma peligro de ulterior consentimiento y de polucion, como se ve por la proposicion 40 de las condenadas por la santidad del Papa Alejandro VII, concebida en estos términos. *Est probabilis opinio, quae dicit, esse tantum veniale osculum habitum ob delectationem carnalem, et sensibilem, quae ex osculo oritur, secluso periculo consensus ulterioris et pollutionis.* De que se convence que cuando el beso va acompañado de deleitacion carnal y sensible, aunque no haya peligro de ulterior consentimiento, será ilícito y pecaminoso, y como el beso que el esposo da á la esposa ni escluya dicha deleitacion, ni sea

incompatible con ella, de aquí es que aun cuando en el referido caso intervenga deleitacion carnal y sensible, y de consiguiente sea ilícito y pecaminoso el beso, ganará la esposa, disuelto el matrimonio, la mitad de lo que el esposo le hubiere dado.

69 Se hace notable la equivocacion con que en este punto procedió Febrero en la librería de Escribanos, parte 2.ª de los cinco juicios, tomo 1.º, lib. 1.º, cap. 6.º, §. 1.º, número 32, donde recopilando la disposicion de la presente ley, afirma que si el beso fue anterior á los desposorios nada ganará la esposa, dando por razon porque el beso y cópula anteriores á los esponsales estan prohibidos.

70 Donde se hecha de ver que este autor constituye el derecho de la muger para adquirir parte de lo que el esposo le hubiere dado en la justicia ó moralidad de la accion del beso, y como esta no tiene una conexion necesaria con él, sino que depende del afecto interior con que lo hace, se habia de decir que siempre que en el beso que el esposo da á la esposa intervenia deleitacion carnal y sensible no adquiria esta la mitad de lo que el esposo le hubiere dado, y siendo este conocimiento peculiar del ministro del sacramento de la penitencia, quien está inhibido de manifestar lo que se le confiesa, vendriamos á parar en que la donacion de la ley dependia de la manifestacion que hiciese el esposo del efecto ó sensibilidad que habia esperimentado en el beso, lo que seria un manifiesto absurdo en sujetar la disposicion de la ley á la intencion y sensibilidad interna de un acto esterno. La ley prescinde del afecto é intencion con que el esposo besa á la esposa, y solo exige por título suficiente para la adquisicion de lo que se le concede á la esposa que entre ambos medie la cualidad personal de esposos, y como esto no se verifica cuando el beso precede á los esponsales, de aqui dimana que la esposa nada gane por el beso que el esposo le hubiere dado antes de tener esta cualidad.

71 Si hubo quienes intentaron eximir de culpa grave al beso dado por deleitacion carnal y sensible nacida del mismo, no faltaron otros que arrastrados en el estremo opuesto cometieron el error de dar al beso del hombre á la muger una malicia grave y mortífera, aun cuando no fuese acompañado de deleitacion carnal y sensible, fundado en que la naturaleza no estimulaba este acto, cuyo error justamente se condenó por el Papa Clemente V en el concilio de Viena, segun consta del capítulo 3.º *de hereticis*, de las clementinas, por estas palabras: *septimò, quod mulieris osculum (cum ad hoc natura non inclinet) est mortale peccatum::: nos, sacro aprobante concilio, sectam ipsam cum premissis erroribus damnamus et reprobamus.* La cual secta fue de los bugardos y bequinas, hereges del siglo XIV.

72 Otra duda suscitan los autores acerca de la inteligencia de la presente ley, reducida á si las joyas ó vestidos preciosos que el esposo da á la esposa contraidos los esponsales, ó al tiempo de celebrarse el matrimonio, estarán ó no comprendidos en su disposicion. Diego del Castillo en su Comentario, verbo, *sea precioso ó no*, es de opinion que la esposa por el beso antes de la consumacion del matrimonio lucrará la mitad de lo que el esposo le hubiere dado, aunque sea cosa preciosa y de valor considerable, y es de sentir que la ley quiso declarar y terminar las dudas á que en este punto daban ocasion las leyes del derecho comun.

73 Antonio Gomez en el número 5.º de su Comentario es del mismo dictámen que Castillo, y tambien Palacios Ruvios en la repeticion de la rúbrica *de donationibus inter virum et uxorem*, §. 6.º, número 13, con quienes conviene Matienzo en la glosa 5.ª de la presente ley.

74 Son tan terminantes las palabras de la ley en este punto, que parece no dejaban el menor arbitrio para suscitar duda alguna: "De cuanto el esposo hubiere dado á la esposa (dice) gane la mitad si la hubiere besado antes de consumido el matrimonio, ora sea precioso ó no lo que le hubiere dado." Si la ley espresamente comprende en su disposicion tanto las cosas preciosas como las que no lo son, ¿cómo podrá tenerse por duda racional y fundada la que exima las cosas preciosas de la ley, y la limite y contraiga á las que no lo son?

75 Gregorio Lopez comentando la ley 23, tit. 11 de la partida 4.ª, que dice: "Si la muger tuviere paños escusados que su marido le haya dado, si él muere luego, debe ella tornar tales paños con sus aparejos á los herederos del marido: é ella torna para sí los paños que traye:" afirma en la glosa 9.ª que Montalvo en la ley 6.ª, título, de las herencias, libro 3.º del fuero real, sigue la opinion de cierto doctor llamado

Rodrigo Alvaro, que distinguia en sí los vestidos que el varon da á la muger al tiempo de casarse son de tal condicion que no pueda dejar de dárselos, sin incurrir en nota de mezquino y deshonor, los adquiere la muger; pero si eran de tal clase que no podia notarse su falta por ser demasiadamente preciosos, como si fueran de púrpura, los deberia volver al marido ó á sus herederos, cuya opinion la tiene Gregorio Lopez por conforme á lo dispuesto en la ley 52 de Toro, y á continuacion dice que él siempre dudó de la verdad de dicha opinion, alegando por fundamento que los vestidos nupciales no se dan á la esposa como esposa, ni como donacion esponsalicia, sino como á muger, segun la ley 4.ª y 6.ª, C. *de donationibus ante nuptias*, de que infiere no parece debe tener lugar en este punto la decision de la ley de Toro.

76 La primera de las leyes que cita Gregorio Lopez á favor de su dictámen, ordena que la donacion que el esposo hace á la esposa bajo la condicion de que no adquiera el dominio de los bienes donados hasta que se verifique el matrimonio no sea válida, y la segunda coincide con lo mismo. De estas leyes se deduce que la donacion que el esposo hace á la esposa condicionalmente de que no adquiera el dominio de los bienes hasta verificarse el matrimonio, la reputa la ley en virtud de la condicion como una donacion *inter virum et uxorem*, y pregunto ¿será esta concluyente razon para inferir y sostener que en este caso no debe tener lugar la resolucion de la ley de Toro?

77 Dispone dicha ley en términos espresos que la mitad de los bienes que el esposo da á la esposa de presente los adquiera esta si la hubiere besado, y pregunto en este caso, ¿puede dudarse que no se haya verificado el matrimonio antes de hacerse la donacion? Sí, pues, la ley real aprueba y tiene por válida en cuanto á su mitad la donacion que el esposo hace á su esposa despues de verificado el matrimonio habiéndola besado, ¿quedará el menor arbitrio para poner en duda que la donacion que haga el esposo á la esposa, bajo la condicion de que no adquiera el dominio de los bienes donados hasta que se verifique el matrimonio, sea válida y subsistente en cuanto á su mitad segun la ley real?

78 En una palabra, las leyes civiles que alega Gregorio Lopez para fundar su opinion tienen por nula la donacion que el esposo hace á la esposa con condicion de que no adquiera el dominio de los bienes donados hasta que se verifique el matrimonio, y la ley real reputa por válida en cuanto á su mitad la donacion que el esposo hace á la esposa de presente despues de verificado el matrimonio, en que se echa de ver una manifiesta contrariedad entre el derecho civil y real, y en estos términos sostener la decision del derecho civil en contraposicion del real, ¿no será negar virtualmente en los Soberanos de España la potestad de derogar las leyes romanas? Siendo muy notable haya incurrido en este error uno de los mas sabios jurisconsultos españoles, que se ha hecho célebre por sus Comentarios ó notas, con que ha ilustrado la obra de las siete partidas, el código mas sabio y completo de la nacion española, por lo que con razon se admira Matienzo en el lugar citado que Gregorio Lopez, siendo un varon tan grave y de tanta autoridad, siga la opinion contraria.

79 Acevedo en el número 29 del lugar citado sigue el dictámen de Gregorio Lopez, y afirma que así lo practicó él y aconsejó muchas veces, y que otros tambien lo aconsejaron, y despues de referir la opinion de Julio Claro, que era de sentir que las alhajas y vestidos preciosos se dan á la muger para su uso y adorno, pero no para que los haga suyos, añade de ageno caudal ó invencion la siguiente distincion: si la muger segun la condicion de su estado no puede presentarse en público sin ser notada si no lleva aquellas joyas y vestidos, los hará suyos aunque sean preciosos segun la disposicion de nuestra ley, aunque no sean cotidianos; pero si puede salir sin ellos en dias festivos sin nota de indecencia, si son preciosos no lucrará, segun Montalvo en la ley 6.ª, tít. 7.º, lib. 3.º del fuero real, glosa 2.ª, columna 2.ª al fin, y da la razon por qué en el primer caso efectivamente no se pueden decir preciosos, y en el segundo sí, atendida la cualidad de la muger.

80 Véase ahora de qué servirán las disposiciones claras y terminantes de las leyes si se admiten tan voluntarias y caprichosas distinciones. La ley nos dice que si el esposo hubiere besado á la esposa ganará esta la mitad de lo que el esposo le hubiere dado, sea precioso ó no, sin admitir diferencia en uno y otro caso; ¿pues de dónde se deduce la distincion de que si puede la mu-

ger presentarse en público sin nota de indecencia ó deshonor sin aquellas alhajas, no las hará suyas si son preciosas, cuando la ley espresamente dice que aun cuando lo sean las adquirirá la esposa si el esposo la hubiere besado?

81 El mismo Acevedo en la nota que hace á las palabras de la ley "precioso ó no" llama la atencion á dichas palabras, y dice nada se escluye en ellas, y asi estan comprendidas las cosas preciosas, y las lucrará la esposa segun el tenor de nuestra ley, y esto no obstante pone despues la esquisita y preciosa distincion que se ha referido.

82 Cita Acevedo en el número de los que siguen su opinion á Palacios Ruvios en el §. 11 de la rúbrica de la reeleccion al título *de don. inter virum et uxorem*, al fin del número 3.º, en donde dice que se debe admitir distincion entre las joyas y vestidos preciosos y no preciosos, adquiriendo la muger los segundos y no los primeros, y segun ella se declaraba y juzgaba en la audiencia real, como él mismo lo vió muchas veces.

83 Es constante que en el lugar citado por Acevedo sigue Palacios Ruvios la opinion que supone Acevedo, y dice lo que este espresa; pero debia haber tenido presente el mismo Acevedo que Palacios Rubios varió de opinion en el §. 6.º, número 13 de la repeticion de la rúbrica del título *de donationibus inter virum et uxorem*, donde despues de haber referido las opiniones de varios autores desde el número 1.º hasta el 13, acerca de si lo que el esposo daba á la esposa era para solo el uso, ó con ánimo de que lo hiciese suyo, y apoyádolas con diversos testos del derecho civil, sigue y abraza la de aquellos que eran de parecer que lo que el esposo daba á la esposa se presumia que lo hacia mas bien para que se presentase adornada y compuesta cuando se iba á casar, que no para que lo adquiriese é hiciese suyo, y despues de esto añade en el número 13 las siguientes palabras: "Despues de escrito esto se publicó la ley del reino hecha en Toro, en cuya formacion intervine yo con otros consejeros, y para quitar dichas dudas se estableció que de todas las cosas, aunque fueran preciosas, que el esposo diera á la esposa aunque fuera de futuro, consiguiera esta la mitad si habia intervenido beso, y si no nada", y para mayor declaracion de su dictámen ó manifestar mejor su opinion en este punto, concluye con las siguientes palabras: "asi lo dispone la citada ley 52, á la cual se debe estar como que es la última."

84 Con el derecho de un testigo presencial de la autoridad y gravedad de un hombre tan respetable como Palacios Ruvios, era de esperar que todos cuantos escribieran despues de él hubieran seguido la opinion de Castillo y Antonio Gomez, aun cuando las palabras de la ley no fueran tan claras y decisivas como queda manifestado; pero Acevedo, cerrando los ojos á un golpe tan claro de luz, no obstante de haber leido la retractacion de Palacios Ruvios, como lo manifiesta en el número 28, donde cita el §. 6.º, número penúltimo del espresado Palacios, en que se halla, pretende que este mismo autor en el §. 11, número 3.º enseñó lo contrario, sin hacerse cargo de que la obra de Palacios Ruvios de su Comentario ó repeticion al título *de donationibus inter virum et uxorem*, salió á luz por la primera vez, segun don Nicolás Antonio en su biblioteca, el año de 1503 en Valladolid, y la ley de Toro se publicó en el de 5, dos años despues, y en otra edicion de la citada obra hecha en Salamanca el año de 1523, corregida y aumentada por él mismo, retractó su primera opinion en vista de la nueva disposicion de la ley de Toro, sin haber creido deber suprimir la opinion que antes habia seguido, y las razones en que la habia fundado, y asi cuando trató el mismo punto en el §. 11, se refiere á lo que dejaba dicho en el §. 6.º, tanto en cuanto á su anterior opinion, como á la que siguió despues de la formacion de la ley de Toro, y la prueba que convence esta presuncion ó congetura es la de que en el §.º 11 no retractó lo que habia dicho en el §. 6.º acerca de la causa ó motivo con que se formó la ley de Toro.

85 En una palabra, por la razon que no suprimió en la segunda edicion lo que habia dicho en el §. 6.º antes de poner la decision de la ley de Toro, por la misma no omitió lo que tenia dicho en el §. 11, que fue el manifestar la solidez con que habia probado su primera opinion con arreglo á las leyes civiles y sus comentadores.

86 Otra prueba de la preocupacion y falta de reflexion con que procedieron en su opinion Gregorio Lopez y Acevedo presenta la ley 1.ª, tít. 2.º, lib. 5.º de la Recopilacion, que señala y prescribe la cuota

ó cantidad de que no puede esceder la donacion esponsalicia, cuyas palabras son las siguientes: "Y por que los que se desposan ó casan suelen dar al tiempo que se desposan ó casan á sus esposas ó mugeres joyas y vestidos escesivos.... mandamos que de aqui adelante ninguno ni algunos de estos nuestros reinos que se desposaren ó casaren, no pueda dar ni dé á su esposa y muger en los dichos vestidos y joyas, ni en otra cosa alguna mas de lo que montare la octava parte de la dote que con ella rescibiere."

87 Ahora bien, supuesta la decision de esta ley formo el siguiente raciocinio: ó la ley de Toro comprendió en su disposicion las joyas y vestidos preciosos, ó no las comprendió: si lo primero, es falsa la opinion de Gregorio Lopez y Acevedo: si lo segundo, era bien escusado y ocioso que la ley de la Recopilacion fijase el valor de las joyas y vestidos escesivos, que es lo mismo que preciosos, en la octava parte de la dote que recibiere con su muger, pues sin ella lo mismo hubiera sucedido segun la opinion de los referidos autores, á mas de que por el mismo hecho de fijar el valor que no debieran esceder las joyas y vestidos preciosos que el esposo daba á su esposa, para que esta los pudiese adquirir, se infiere necesariamente, *à contrario sensu*, que siempre que las joyas y vestidos preciosos no escedian la cuota señalada los podia adquirir la muger.

88 Se hace reparable el descuido de Gregorio Lopez en este punto en no hacer la mas mínima mencion de la espresada ley, no obstante que es del año de 1534, y de consiguiente veinte y un años anterior al de 1555, en que publicó y dió á luz su celebre glosa ó Comentario á la ley de partida. Mas culpable es aun Acevedo en no haber citado una ley tan decisiva en la materia, siendo asi que no pudo menos de tenerla presente, pues no solo fue anterior á su voluminosa obra de los Comentarios del derecho civil á las constituciones reales, sino que fue una de las comprendidas en sus glosas ó Comentarios; lo que hace sospechar si su omision en citarla fue mas afectada que verdadera.

89 Esta ley recopilada deroga en parte la disposicion de la ley de Toro, pues por ella se dejaba en libertad al esposo de poder hacer la donacion esponsalicia sin limitarle la cantidad de que no debia esceder, y por la ley recopilada se ordenó que la donacion esponsalicia no pudiese esceder de la octava parte del valor de la dote de la muger, de que se infiere que cuando esta no trajese dote quedaba el esposo inhibido de poder hacer donacion esponsalicia á su esposa; pero en tal caso le quedaba al esposo la facultad de dar arras á su esposa, la que ninguna relacion guarda con la dote de la muger, aunque sí con los bienes del marido, como se establece por la ley del fuero real, confirmada por la ley 50 de Toro.

90 Tambien debe observarse que en caso que la esposa haga donacion al esposo, como supone la ley 3.ª, tít. 11, partida 4.ª, no deberá regir la regla establecida por la ley recopilada de que la donacion esponsalicia no haya de esceder de la octava parte de la dote, porque el esposo ó marido no la trae, y aunque por identidad de razon parecia que no debia tener lugar en este caso la donacion esponsalicia de la esposa, como no habla de él ni la ley de Toro ni la recopilada, me inclino á que en dicho caso debe regir lo dispuesto en la ley de partida, que ninguna limitacion pone á la donacion que la esposa hace al esposo.

91 Continúa la ley disponiendo que si cualquiera de los esposos muriere despues de consumado el matrimonio gane la muger ó sus herederos todo lo que el esposo le hubiere dado, á no ser que hubiese tambien habido constitucion de arras, en cuyo caso concede á la muger ó á sus herederos la facultad de escoger quedarse con las arras ó con lo que el esposo le hubiese dado, con lo que claramente da á entender que hay una diferencia notable y esencial entre las arras y donacion esponsalicia, y como por lo comun nuestros Comentadores no se detienen á manifestar en qué consiste esta diferencia, ó no la hacen con la debida claridad, no será fuera de propósito que me detenga á indicarla.

92 Las arras, como he dicho en el Comentario á la ley 50 de Toro, se consideraban por derecho comun como una prenda que el esposo daba á la esposa en seguridad de que contraeria matrimonio con ella, segun la ley 3.ª, C. *de sponsalibus*, y en prueba de ello es que ordena la misma ley que se deberian restituir al esposo las arras si no se verificaba el matrimonio, á no ser que de su parte hubiera estado en no cumplir lo que habia prometido.

93 En el mismo concepto habla de las arras la ley 1.ª, tít. 11, partida 4.ª, y con alusion á él se establecen en la ley 84, título 18 de la partida 3.ª las cláusulas con que debe estenderse la escritura de constitucion de arras. No se ha de confundir las cláusulas ó fórmulas de la constitucion de arras con la que pone la ley 87 del mismo título y partida que corresponde á la donacion *propter nuptias*, á que llama arras, en lo que concuerda la ya espresada ley 1.ª, tít. 11, partida 4.ª, asegurando que la donacion *propter nuptias* es la que en España propiamente se llama arras.

94 Prescindiendo del concepto y sentido que el derecho comun da á las arras, que es el de prenda en seguridad de cumplir la promesa de contraer matrimonio, como de otra cualquiera obligacion ó contrato, y de la identidad que pretende la ley de partida hay entre las arras y la donacion *propter nuptias*, que en realidad ha quedado anticuada y abolida en España, segun la opinion comun de los mas clásicos autores nacionales, lo cierto es que las arras de que hace mencion la presente ley de Toro son cosa muy diversa de lo que supone el derecho comun y la ley citada de partida.

95 Las arras, segun el derecho nacional y la práctica generalmente recibida en España, y atestiguada por los autores, es la donacion que el esposo hace á la esposa antes ó despues de contraido el matrimonio en recompensa de su virginidad, honestidad, juventud ó de su nobleza, ó de otra cualquier prenda personal, de forma que vienen á ser en realidad una donacion que el esposo hace á la esposa en remuneracion y agradecimiento de cualesquiera de las cualidades personales que se han indicado.

96 En este concepto habló de las arras la ley 6.ª, tít. 1.º de los casamientos, número 3.º del fuero juzgo, en que se ordena por punto general que cualquiera Príncipe de la corte del Rey ó de los principales de la nacion goda no puedan dar por razon de arras á la muger con quien pretenda casarse, sea vírgen ó viuda, que la décima parte de los bienes que tuviese, de cuyas arras si la muger no tuviese hijos pueda disponer como quisiere y segun su voluntad; cuya disposicion convence hasta la evidencia que las arras no suponia la ley por prenda ó seguridad del cumplimiento de la promesa, pues verificado este la prenda quedaba libre y continuaba en el dominio del que le habia constituido, lo que no es compatible con que la muger pudiera hacer de ella lo que quisiere si no tenia hijos.

97 En igual sentido y bajo la misma disposicion establece la ley 1.ª, tít. 2.º de las arras, libro 3.º del fuero real, que las arras que se den á la muger no escedan de la décima parte de los bienes del marido, bajo pena de nulidad, y que pueda disponer de ellas la muger como le pareciere, si no tuviese hijos, y en tanto grado hacia la muger suyas las arras que el marido le habia dado, que segun la disposicion de la ley 4.ª del mismo título, no podia este enagenarlas, aunque diese para ello su consentimiento la muger, ni ella misma podia hacerlo despues de la muerte del marido si tenia hijos, limitándose su facultad á disponer únicamente de la cuarta parte del valor de las arras.

98 Siguiendo el mismo concepto que las leyes citadas del fuero juzgo y real, concede la presente de Toro á la muger, que disuelto el matrimonio pueda elegir quedarse con las arras ó con los bienes de la donacion esponsalicia, pues de otro modo no podia tener la muger derecho alguno á las arras en clase de prenda ó seguridad del matrimonio, como se ha dicho.

99 Acevedo en el Comentario á la ley 2.ª, tít. 2.º, lib. 5.º de la Recopilacion, número 4.º y siguiente, esplica bastante bien la naturaleza de las arras segun la práctica observada en España, distinguiendo las arras en el concepto de prenda ó seguridad de cuando se hacen por via de donacion remuneratoria de alguna cualidad personal de la muger, en cuyo sentido afirma se constituye en Castilla y en toda España; pero comete el descuido de suponer que se pueden dar las arras antes de contraer los esponsales, lo que manifiestamente es un error, porque las arras suponen y son secuela de los esponsales. Las arras, pues, segun la doctrina que se ha sentado, son una donacion que hace el esposo ó marido á su esposa ó muger en remuneracion, premio ó galardon de alguna cualidad personal de la misma.

100 La donacion esponsalicia, como se ha dicho arriba, es la que hace el esposo á la esposa con condicion implícita y virtual de que se verifique el matrimonio, y por lo comun consiste en alhajas ó vestidos que se dan á la esposa para su adorno y lucimien-

to de su persona, principalmente en el dia de la celebracion de las bodas, y dicha donacion no puede esceder de la octava parte del valor de la dote que la muger aporta al matrimonio.

101 De esta breve descripcion que acaba de hacerse de las arras y donacion esponsalicia aparece la diferencia que media entre ellas en dos puntos principales, cuales son, que las arras, segun las leyes citadas del fuero juzgo y real, no pueden esceder de la décima parte de los bienes del que las da, y la donacion esponsalicia no debe pasar de la octava parte de la dote que trae la esposa que la recibe, segun la ley 1.ª, tít. 2.º, lib. 5.º de la Recopilacion. He dicho en dos puntos principales, porque hay otros de menor monta en que tambien se diferencian; las arras comunmente se entienden que las da el esposo á la esposa, y la donacion esponsalicia puede hacerla igualmente la esposa al esposo que el esposo á la esposa, segun la ley 3.ª, título 11 de la partida citada. Las arras se hacen de la muger verificado el matrimonio, y la donacion esponsalicia tiene que volverla la esposa si por muerte del esposo no se ha verificado el matrimonio, ó no ha llegado á consumarse si no ha intervenido beso, por lo que con razon la presente ley de Toro supone que son cosas diversas las arras y la donacion esponsalicia, en cuya suposicion le concede á la muger ó á sus herederos la facultad de elegir quedarse con las arras ó con la donacion esponsalicia cuando se disuelve el matrimonio, despues de consumado, por la muerte de uno de los consortes. Debiendo notar de paso que la donacion esponsalicia que la citada ley de partida supone que debe hacerse antes de que se verifique el matrimonio, por la presente ley de Toro se puede hacer aunque ya se haya contraido.

102 Resta resolver algunas dudas, que aunque de menor importancia que las anteriores, servirá de satisfacer los deseos de los curiosos. Dispone la ley que si cualquiera de los esposos muriese antes de haberse consumado el matrimonio, vuelva la esposa ó sus herederos al esposo ó á los suyos todo lo que le hubiese dado. De esta regla esceptúa la ley el caso en que el esposo haya besado á la esposa, en el cual le concede á esta que gane y haga suya la mitad de cuanto el esposo le hubiere dado.

103 Si en el caso de que la muerte haya impedido á los esposos de presente la consumacion del matrimonio, quiere la ley que se observe la distincion que se ha referido; por igual razon debe suponerse dispuso la ley que se observase lo mismo cuando la muerte de uno de los esposos impidió que se verificase el matrimonio.

104 Mayor dificultad presenta la duda contraida, no al caso de la muerte, sino á la falta de voluntad de uno de los esposos para celebrar el matrimonio ó consumarlo, y como de este caso ni habla la presente ley ni la 16, C. *de donationibus ante nuptias*, de donde se tomó, es forzoso recurrir á la ley 3.ª, tít. 11 de la partida 4.ª, donde espresamente se propone y resuelve, mandando que el que recibe la donacion vuelva lo que ha recibido, si por su culpa no se verifica el matrimonio, véanse sus palabras: "E como quier que tal don como este se diese sin condicion, pero siempre se entiende quel debe tornar aquel que recibe, si por su culpa finca que el matrimonio no se cumpla," cuya decision está tomada de la ley 15, C. del citado título, la que parece no ser disonante á la razon.

105 De la resolucion de esta duda resalta otra mas sutil y delicada, á saber; si habiendo intervenido beso entre los esposos, la esposa se escusa sin justa causa á celebrar el matrimonio, la que parece tiene contra sí la decision de las leyes 15 y 3.ª citadas del código y partida, pues verificándose que la esposa por su culpa deja de contraer el matrimonio, segun las espresadas leyes debia volver lo que habia recibido. Esto no obstante, á primera vista la opinion de que la esposa en el caso de la disputa ganará la mitad de cuanto el esposo le hubiese dado, no deja de presentar alguna apariencia de razon.

106 La causa en que fundan las leyes el derecho de la esposa para adquirir la mitad de lo que hubiere recibido del esposo, la hacen consistir en el beso que el esposo dió á la esposa, y como esta causa se verificó y subsiste, aun cuando la esposa sin justa causa y por su mera voluntad se escuse á celebrar el matrimonio, parecia que insistiendo el título que señala la ley para la adquisicion debia esta verificarse; pero bien meditado este punto debe decirse lo contrario.

107 La donacion esponsalicia que el esposo hace á la esposa lleva consigo la condicion virtual ó implícita de que se haya

de verificar el matrimonio, con que no celebrándose este por culpa de la esposa, es claro que faltó la condicion con que se hizo la donacion, y tambien de consiguiente faltó igualmente la condicion con que la ley concedió á la esposa la mitad de lo que el esposo le hubiere dado, y la que tuvo el esposo en dar el beso á su esposa. Si las condiciones contingentes que no se verifican eximen al promitente ó donante de cumplir lo prometido, ¿con cuánta mas razon obrará este mismo efecto la falta de cumplimiento de una condicion potestativa que está en manos y voluntad del promisario ó donatario verificarla?

108 El beso por sí no es título legítimo y legal para adquirir sino en fuerza de la virtud que le atribuye la ley cuando se verifica entre los esposos, y como estos lo son por la mútua promesa que se han hecho de contraer el matrimonio, es á todas luces claro que faltando la esposa sin justa causa á su cumplimiento, no se purificó la condicion de celebrar el matrimonio, bajo la cual se le concedia la adquisicion de la mitad de lo que el esposo le hubiese dado, y asi el beso en tal caso, atendido el espíritu de la ley, cesó de ser título legítimo y legal para adquirir.

109 Supuesta esta doctrina es duda algo complicada, que deberá decirse cuando el matrimonio no ha llegado á verificarse, ó se ha disuelto antes de su consumacion, por haber elegido uno de los esposos hacerse religioso, profesando en una religion aprobada: para la resolucion de esta duda conviene distinguir si despues de los esponsales intervino ó no beso; en este último caso deberá decirse lo mismo que en el de la muerte, de la duda antecedente, esto es, que el esposo deberá recobrar lo que dió, y la esposa devolver lo que recibió. La razon de equipararse este caso con el de la muerte es porque asi como en este no interviene en ninguno de los contrayentes culpa que pueda imputárseles, tampoco en el presente.

110 Asi en el contrato de esponsales como en el de matrimonio se entiende implícitamente inherente la condicion de que pueda disolverse por la profesion religiosa, y de consiguiente la facultad que á cualquiera de los esposos compete de usar del derecho que por dicha condicion se les concede ningun perjuicio causa ó irroga al esposo que queda en el siglo, y por lo tanto ni el que entra en religion tiene justo título ó derecho para adquirir, ni el que permanece en el siglo obligacion de perder.

111 Mas estrecha la resolucion de esta duda cuando ha intervenido beso, y contrayéndome al caso de que la donacion la haya hecho el esposo, y la esposa elija entrar en religion, opina Palacios Ruvios en el número 3.º del Comentario á la ley de Toro, que la esposa ganará la mitad de lo que el esposo le hubiere dado, aunque en el §. 3.º de la repeticion á la rúbrica *de donationibus inter virum et ux.*, número 5.º, deja dudosa la resolucion de esta duda, como observó Covarrubias *de matrimonio*, parte 2.ª, cap. 7.º, §. 4.º, número 17, donde espresamente se declara por la opinion de que la muger ó esposa ganará la mitad de lo que el esposo le hubiere dado, y lo mismo resuelve Acevedo en el Comentario á esta ley, número 9.º, y Matienzo en la glosa 2.ª á la misma, número 1.º

112 Yo soy del mismo dictámen, sin embargo de que no tengo por suficiente y adecuado el fundamento en que los citados autores apoyan su opinion, reducido á alegar varios textos canónicos y civiles que suponen ó declaran que asi los esponsales de futuro como el matrimonio rato se disuelven lícita y justamente por la profesion religiosa, cuya razon á mi parecer nada conduce al punto de que tratamos, de si la esposa haciendo voto solemne de castidad lucrará la mitad de lo que el esposo le hubiere dado, porque es constante, y está fuera de toda duda, que cuando no ha intervenido beso entre los esposos, aunque cualquiera de ellos elija el estado religioso, ni la esposa lucrará parte de los bienes donados, ni el esposo la perderá, sino que deberá devolvérsele íntegramente todo lo que donó, como en el caso de la muerte de uno de ellos, por lo que se hace preciso buscar otra razon mas análoga y concreta al caso de la disputa que sirva de fundamento á la opinion indicada.

113 Esta á mi parecer no es otra sino la de que por el beso impone la ley, que se celebra entre los esposos un contrato oneroso semejante al de compra y venta, en que el esposo vende la mitad de los bienes donados y la esposa la compra por el beso, de forma que la donacion del esposo es la finca que se vende, y el beso de la esposa el precio que se da por ella, y como en la rescision de cualquier contrato, y en particular el de la compra y venta, no se pue-

da verificar sin la mútua y respectiva devolucion de la cosa y su precio, de aqui es que no pudiendo devolverse el precio, que consiste en el beso, que es un acto transeunte que pasó y dejó de existir, no puede tener lugar la rescision del contrato, y cada una de las partes retiene lo que recibió, siendo pues imposible la devolucion del beso, en que, como se ha dicho, consiste el precio que la esposa dió por los bienes que habia recibido; la repeticion del beso, tan lejos estaria de considerarse como devolucion del precio, que antes bien en realidad seria aumento del mismo.

114 De lo que se ha dicho en el caso de que el esposo ha hecho la donacion á la esposa, fácilmente se infiere y deduce lo que deberá decirse cuando esta ha sido la que ha hecho la donacion al esposo, en el que deberá devolver este los bienes que hubiese recibido de la esposa, interviniese ó no beso, y sea cualquiera de los dos el que haya elegido el estado religioso. La razon en que se funda esta resolucion estriba en los mismos principios que la duda antecedente.

115 En esta se dijo que cuando se rescinden los contratos recíprocamente onerosos por causa justa y legal, deben devolverse los contrayentes mútuamente lo que recibieron; en el presente caso el contrato es puramente lucrativo de parte del esposo que recibió el beso y la donacion, y enteramente oneroso de parte de la esposa que dió uno y otro; que segun este principio la razon exige que rescindido el contrato en virtud de la profesion religiosa devuelva el esposo á la esposa los bienes que recibió de ella, ya que en el beso no cabe devolucion por ser un acto esencialmente transeunte.

116 Conforma esta doctrina con lo que dispone la ley 16, C. *de donationibus ante nuptias*, y la 3.ª, tít. 11, partida 4.ª, las que hablando del caso en que la esposa haya hecho donacion al esposo, y antes de celebrarse el matrimonio haya sobrevenido la muerte de uno de los esposos, ordenan que el esposo ó sus herederos devuelvan á la esposa ó los suyos los bienes que recibió de ella, haya ó no intervenido beso.

117 Queriendo la ley de partida indicar la razon de la diferencia que se nota entre el caso que el esposo haya hecho la donacion á la esposa, ó esta al esposo, para que en el primero lucre la esposa, interviniendo beso, la mitad de lo que el esposo le hubiere dado, y en el segundo nada retenga el esposo, sino que los bienes donados íntegramente se devuelvan á la esposa, alega las razones siguientes: "Porque la desposada da el beso á su esposo y no se entiende que lo recibe de él. Otro sí cuando recibe el esposo el beso ha ende placer, é es alegre, é la esposa finca envergonzada", cuyas dos razones aluden á que el contrato ha sido lucrativo respecto del esposo, y oneroso á la esposa.

118 Todavia resta para la entera esposicion de esta ley examinar si tendrá lugar su disposicion en el matrimonio putativo, en lo que comprendo tambien los esponsales de la misma especie, pues lo que se diga del matrimonio debe estenderse á los esponsales.

119. El matrimonio putativo puede contraerse con buena fé de ambas partes, ó siendo sabedoras las mismas del impedimento; tambien puede suceder que una sola lo sepa y la otra lo ignore, y en todos estos casos son diversas las resoluciones.

120 En el matrimonio que se contrae con buena fé de ambas partes deberán regir las mismas disposiciones que en el legítimo y verdadero, esto es, que habiendo intervenido beso la muger ganará la mitad de lo que el esposo le hubiere dado. El fundamento de esta resolucion se deduce del cap. 14 de las decretales de Gregorio IX, *qui filii sint legitimi*, en el que habiendo sido consultado el Pontífice Inocencio III si un hijo que habia tenido una muger que con buena fé habia casado con un hombre que ya lo era, respondió que el hijo debia tenerse por legítimo. Si la buena fé de uno de los contrayentes basta para legitimar á un hijo procreado en un matrimonio presunto, con mayor razon bastará para que se transfiera el dominio de la mitad de lo que el esposo hubiere dado á la esposa; en comprobacion de esta ilacion obra la ley 4.ª, título 6.º, libro 3.º del fuero real, por la que se declara corresponde á la muger que con buena fé casó con otro que ya lo estaba la mitad de los gananciales que adquirieron durante el tiempo que vivieron en sociedad.

121 Si la buena fé de una de las partes basta para legitimar los hijos, y da justo título para adquirir la mitad de los gananciales, por igual ó mayor razon deberá decirse que la buena fé de ambos contrayentes ha de producir los mismos efectos, y de consiguiente que la esposa adquirirá la mitad de lo que el esposo le hubiere dado

si intervino beso, por no ser menos legítima y legal la adquisicion de esta mitad en los esponsales de presente ó de futuro, que lo es la de la adquisicion de la mitad de los gananciales en el matrimonio verdadero.

122 Si la mala fé ha sido de ambas partes, ninguna ganará lo que la otra le haya dado, interviniese ó no beso, porque faltaba el título verdadero ó presunto de los esponsales, cuya cualidad es indispensable, segun la ley, para que la esposa adquiera la mitad de lo que le hubiere dado el esposo interviniendo beso, en cuyo caso el beso no se consideraria esponsalicio, sino de amor impuro y sensual. Está conforme esta doctrina á la resolucion de la ley 51, tít. 14 de la partida 5.ª, en que se ordena que lo que dos se dan por razon de casamiento con conocimiento de que entre ellos habia impedimento, que segun derecho impedia el casamiento, no lo pueden repetir, sino que se hace de la cámara del Rey.

123 Los otros dos casos indicados arriba, reducidos á cuando una de las partes ignoraba el impedimento y la otra lo sabia, debe resolverse por los mismos principios con la siguiente distincion, que si la muger era la que sabia el impedimento nada podia lucrar de la donacion que le hizo el esposo aunque interviniese beso, porque este no era esponsalicio, como se ha dicho, sino sensual. Es muy análoga á esta resolucion la decision de la ley 50, tít. 14 de la partida 5.ª, donde tratándose del caso en que una muger sabedora del impedimento se casa con otro que lo ignoraba, si le diese en dote alguna cosa, se resuelve que no la podria demandar, ni estaria obligado el que la recibió á tornarla, dando por razon porque face ella muy gran torpedad en trabajarse á sabiendas de casar con tal hombre, con quien no podria casar con derecho, é por ende no puede demandar aquello que le dió; lo que impide recobrar lo que se ha dado, con mayor razon impedia adquirir lo que se ha recibido. Si el marido era sabedor del impedimento, y lo ignoraba la muger, por igual razon ganaria esta la mitad de lo que el esposo le hubiere dado habiendo intervenido beso.

124 La doctrina que dejo espendida en estos casos se encuentra substancialmente, aunque no con tanta individualidad y especificacion, en Palacios Ruvios, en la rúbrica *de donationibus inter vir. et ux.*, §. 36, número 2.º, en Covarrubias *de sponsalibus*, parte 2.ª, cap. 7.º, §. 1.º, número 8.º, en Acevedo en la ley 4.ª, tít. 2.º, lib. 5.º de la Recopilacion, número 9.º, en Matienzo en la misma ley y título, glosa 2.ª, y en otros varios.

125 Como las dudas que acaban de resolverse se limitan á los esponsales de futuro y de presente antes de la consumacion del matrimonio, podrá dudarse si despues de esta deberá regir la misma doctrina, esto es, si por la cópula ganará la muger el todo de la donacion que le hubiere hecho el esposo. Don Juan Álvarez Posadilla, hablando de esta ley, aunque es de parecer que la esposa, así en los esponsales nulos como en el matrimonio no consumado de la misma especie, contraido de buena fé por parte de la muger, ganará esta la mitad de lo que el esposo le hubiere dado si intervino beso, opina que en el caso de consumarse el matrimonio no ganará la muger el todo de lo que recibió del esposo, alegando que la ley no lo dice, ni hay razon para que se entienda que sea estensiva la validacion de estas donaciones al matrimonio consumado caso de que sea nulo, con lo que incurre en la inconsecuencia de conceder que en el matrimonio nulo de presente ganará la esposa por el beso la mitad de lo que el esposo le hubiere dado, y tambien en el matrimonio consumado de la misma especie, sin estenderse en este caso al todo de la donacion, fundado en las palabras de la ley, que hablando del matrimonio consumado en que gana la muger el todo de la donacion, dice disuelto que sea el matrimonio, y el matrimonio nulo no se puede disolver, sin reflexionar que de la misma espresion usa la ley en el matrimonio rato y no consumado, diciendo que la esposa de presente ó de futuro si la hubiese besado el esposo gane lo que le hubiere dado suelto el matrimonio.

126 Si en el matrimonio rato nulo la espresion, suelto el matrimonio, no impide, en el concepto de Posadilla, que la esposa gane la mitad de lo que el esposo le hubiere dado si intervino beso, ¿qué razon puede tener para afirmar que esta misma espresion, en el caso del matrimonio consumado, prive á la muger de lucrar el todo de la donacion? En ambos casos la muger adquiere por título oneroso, y como la ley reputa que es título mas oneroso el de la cópula que el beso, con razon concedió en el primer caso el todo de la donacion, y en

el segundo la mitad. Debe, pues, decirse que lo mismo que se ha dicho en el caso de los esponsales y matrimonio rato nulos, se ha de observar en el matrimonio consumado de la misma especie.

127 El mismo Posadilla manifiesta dudar si en los esponsales de futuro no llegando á verificarse el matrimonio ganará la muger por el beso la mitad de lo que el esposo le hubiere dado, fundado en que la ley dice disuelto el matrimonio, lo que no se puede verificar en los esponsales que no han pasado de futuro, y aunque despues con alguna desconfianza admite que la disposicion de la ley tendra tambien lugar en este caso, deberia haberla depuesto del todo si hubiera reflexionado que la ley en sus primeras palabras comprende bajo la misma disposicion los esponsales de futuro y de presente, y seria bien escusado é inútil que hubiese hablado de los esponsales de futuro si solo podia verificarse su resolucion en el caso que se disolviera el matrimonio, pues en los esponsales de futuro nunca podia verificarse esta condicion ó cualidad.

128 Tambien le hubiera servido para deponer su duda el haber tenido presente que la ley del Emperador Constantino, de que se formó la de Toro, únicamente dirije su disposicion á los esponsales de futuro, y en esta parte la copió la ley de Toro, y á mas la hizo estensiva al matrimonio de presente; de que se convence que la espresion de que usa, disuelto el matrimonio, no fue para restringir y limitar su disposicion al matrimonio de presente, con esclusion de los esponsales de futuro, sino antes bien para estender la disposicion de la ley de Constantino, que solo hablaba de los esponsales de futuro, al matrimonio de presente.

129 Las demas palabras de la ley, por las que da á la muger la facultad de elegir las arras ó donacion esponsalicia, y le señala y prescribe el tiempo en que debe hacerlo, son tan claras que seria obscurecerlas pretender comentarlas.

Ley LIII de Toro; es la 8.ª, tít. 9.º, libro 5.º de la Recopilacion.

Si el marido é la muger durante el matrimonio casaren algun fijo comun, é ambos le prometieren la dote, ó donacion *propter nuptias*, que ambos la pagen de los bienes que tuvieren ganados durante el matrimonio, é si no los oviere, que basten á la paga de la dicha dote y donacion *propter nuptias*, que lo pagen de por medio de los otros bienes que les pertenescieren en cualesquier manera: pero si el padre solo durante el matrimonio dota, ó hace donacion *propter nuptias* á algun fijo comun, y del tal matrimonio oviere bienes de ganancia, de aquellos se page en lo que en las ganancias cupiere, y si no las oviere, que la tal dote, ó donacion *propter nuptias* se pague de los bienes del marido, é no de la muger.

COMENTARIO

á la Ley 53 de Toro.

1 Dispone la presente ley que si el padre y la madre durante el matrimonio casan á algun hijo comun y le prometen la dote ó donacion *propter nuptias*, la paguen de los bienes ganados en el matrimonio, y si no hubiere bastantes lo satisfagan por mitad de los demas bienes que les pertenezcan en cualquier manera que sea; pero si el padre solo durante el matrimonio hace alguna de las dichas donaciones á algun hijo comun que se pague de los bienes gananciales del matrimonio si los hubiere, y no habiéndolos que lo satisfaga de sus bienes, y no de los de la muger.

2 Acerca de la primera parte de la presente ley se detienen ó indagan los autores la razon de decidir, y Covarrubias en las varias, lib. 3.º, cap. 19, número 3.º, afirma que la razon es porque la promesa de dote ó donacion *propter nuptias* hecha en tiempo del matrimonio es una deuda contraida constante matrimonio, y de consiguiente debe satisfacerse de los bienes gananciales del matrimonio. Matienzo en la glosa 7.ª, número 8.º de la ley 3.ª, tít. 9.º, lib. 5.º de la Recopilacion, y Acevedo en la presente ley, número 6.º, siguen á Covarrubias, con quien convienen Palacios Ruvios, *in rubrica de donationibus inter vir. et ux.*, §. 66, números 2.º y 7.º, y Gomez al número 24.

3 Fundan esta razon en la ley 14, título 20, libro 3.º del fuero real, que dice asi: "Todo deudo que marido é muger ficieren en uno páguenlo, otro sí, en uno." Tambien se sirven de la ley 208 de estilo; pero siendo preciso probar el uso de las leyes del fuero para que tengan fuerza de ley, como se ha dicho en otra parte, y no acre-

ditándose al presente este uso no se debe fiar mucho de su autoridad.

4 No siendo bastante á satisfacer la dote ó donacion los gananciales, quiere la ley que se pague de los demas bienes, asi del padre como de la madre, en que no se duda deban comprenderse los dotales ; pero se ofrece algun reparo en si estos deberán ser invertidos habiendo parafernales, y aunque ninguno de los autores que he visto susciten esta duda, atendiendo á que la constitucion de la dote ó donacion trae su origen del matrimonio, y que los bienes dotales se reputen destinados á soportar las cargas de este, parece mas conforme que los bienes dotales sean mas análogos para satisfacer esta deuda que los parafernales.

5 En la segunda parte quiere la ley que si el padre solo ofrece la dote ó donacion se pague igualmente de los bienes gananciales, y en defecto de estos de los propios del mismo padre, y nunca de los de la madre; lo que es conforme á las disposiciones de derecho, pues estando obligado el padre, segun la ley penúltima, C. *de dotis promissione*, y la 8.ª, tít. 11, partida 4.ª, á dotar á la hija, no debe contribuir la madre de sus propios bienes no habiéndose obligado voluntariamente á la satisfaccion de la dote.

6 De aqui pasan á inferir los autores si en el caso que disuelto el matrimonio el padre solo ofrece la dote ó donacion deberá satisfacerse de los bienes gananciales de marido y muger, ó unicamente de los del marido. Covarrubias en el lugar citado afirma que debe pagarse la dote ó donacion de los gananciales de marido y muger, y se funda en que esta opinion está recibida en la práctica por comun dictámen de los jueces, debiéndose presumir que se hace esta promesa de dote ó donacion de los bienes que se adquirieron constante matrimonio, lo que se comprueba con la misma ley real que atendió á la carga de la misma sociedad y comunion conyugal; procedió, pues, esta carga de constituir dote ó donacion á los hijos del mismo matrimonio, en el que se procrearon, y por esto aunque á los hijos se les dé dote ó donacion disuelto el matrimonio, esta solucion es una satisfaccion de la deuda legal, contraida en tiempo del matrimonio y por causa de él. Hasta aqui Covarrubias, de cuya opinion es Gregorio Lopez en la ley 6.ª, tít. 1.º, parte 5.ª, glosa 1.ª, Matienzo en la ley 3.ª, tít. 9.º, glosa 7.ª, número 9.º, y Acevedo en el lugar citado, número 18, y siguen á Covarrubias y Gregorio Lopez.

7 Antonio Gomez, citando á Diego Castillo, afirma al número 24 que si el padre disuelto el matrimonio promete la dote ó donacion, aunque haya bienes gananciales, no debe satisfacerse de estos sino de los del padre solos, porque cesan las razones de la presente ley, y porque disuelto el matrimonio ya los bienes no se dicen adquiridos y multiplicados, sino maternos y propios del hijo ó hija, segun la ley 10, ff. *de vulg. substit.*, § 2.º

8 En esta diversidad de opiniones mi dictámen es que la de Gomez se halla mas conforme y arreglada á la disposicion y palabras de la ley real, como asi le pareció á Ayora, parte 2.ª, *de partitionibus*, cuestion 40, número 41, y del mismo sentir es Molina *de justitia et jure*, *disput.* 424, número 9.º, por cuya razon me detendré á examinar los fundamentos de una y otra opinion, teniendo presente á Baeza, *de non meliorandis dotis ratione fil.*, capítulo 11, número 97, en donde estensamente trata la cuestion y satisface á los fundamentos de la sentencia de Gomez, y propone los que favorecen á la de Covarrubias, á quien sigue.

9 Se hace cargo Baeza que en los dos casos en que nuestra ley permite que la dote ó donacion se haga de los bienes gananciales, espresamente pide que sea constante matrimonio, de que parece se infiere que disuelto el matrimonio no debe regir la disposicion de la ley, segun el valor que dan los eruditos á la repeticion de palabras en la ley, y queriendo satisfacer á este argumento dice en el número 120 que la razon de hablar la ley, constante matrimonio, es para declarar el caso mas dudoso, cual era que teniendo la muger el dominio y posesion de la mitad del os gananciales, constante matrimonio, parecia cosa dudosa que el marido contra la voluntad de su muger pudiese dotar á la hija de los bienes gananciales que pertenecian á la muger por dominio y posesion; pero disuelto el matrimonio por la muerte de la muger, ¿no parece duro que el padre dote á la hija de los gananciales que adquirió con su propio sudor? Y por eso este caso como menos dudoso no se decide por la ley.

10 Para conocer la poca solidez de esta respuesta basta tener presente que por la ley real 5.ª, tít. 9.º, libro 5.º de la

Recopilacion se le concede al marido la libre disposicion de los bienes gananciales sin consentimiento de su muger durante el matrimonio, con tal que no lo haga en fraude de la misma. Si despues de la decision terminante y clara para que el marido durante el matrimonio pudiese enagenar á su arbitrio los bienes gananciales, sin embargo de que la mitad de ellos pertenecian á la muger en cuanto al dominio y posesion, le pareció á Baeza que era necesario que la presente ley de Toro espresamente declarase que podia el marido enagenar constante matrimonio dichos bienes por razon de dote ó donacion, para quitar la duda de si podia competirle al marido esta facultad en tiempo que tenia la muger el dominio y posesion de la mitad de los gananciales; con igual y aun mayor razon se ha de decir era preciso que la presente ley espresamente concediese al marido la misma facultad en el caso de haberse disuelto el matrimonio, despues que por la ley 6.ª, tít. 9.º, lib. 5.º de la Recopilacion, que es la 14 de Toro, se ordena que disuelto el matrimonio pueda cualquiera de los consortes disponer libremente de la mitad de los gananciales que le hayan cabido, sin tener que reservar á los hijos propiedad ni usufructo aunque pase á segundas nupcias; dije con igual y aun mayor razon, porque antes de la disposicion de la presente ley, para que el marido pudiese dotar ó hacer donacion constante matrimonio de los gananciales, estaba la ley 5.ª citada, que generalmente le permitia la enagenacion de los mismos, con tal que no lo hiciese en fraude de la muger; pero ni por la presente ley de Toro ni por alguna otra anterior ni posterior se halla derogada la disposicion de la ley 6.ª citada, en que se concede á los consortes la libre disposicion de la mitad de gananciales disuelto el matrimonio, como de los otros bienes libres, de que se convence era mas necesario que la presente ley de Toro hubiera declarado la facultad que competia al marido de disponer de los gananciales en el caso de haberse disuelto el matrimonio que en el de continuarse, supuesto que en el primero no solo tiene la muger el dominio y la posesion, sino la libre disposicion, y en el segundo le compete esta al marido, con lo que se ve que la respuesta y solucion de Baeza está destituida de fundamento, y de consiguiente que el argumento queda en su vigor y fuerza. Este solo argumento bastaba para convencer la certeza de la sentencia de Gomez; pero no es menos eficaz el siguiente.

11 Cuando el padre disuelto el matrimonio dota á la hija, ó se ha de sacar la mitad de esta dote de los gananciales que cupieron á la madre, ó de la parte que tocó á la hija en las particiones con sus hermanos; si lo primero se seguiria que se debian despojar y privar los demas hijos de la parte de gananciales que les habia cabido por disposicion de su madre, lo que dice una conocida repugnancia, pues es privar á un hijo de parte de la herencia que le ha tocado de su madre por acrecentar la de otro contra la espresa voluntad del testador; si lo segundo se seguiria que no bastando la parte de gananciales que cupo á la hija para completar la mitad de la dote que le ha de dar su padre, deberia este suplirla ó de la parte de gananciales que le tocó en la particion con su muger, ó de sus propios bienes, y en uno y otro caso se verificaba que en el caso de que disuelto el matrimonio promete el padre la dote, no se satisface esta de por mitad de los gananciales habidos constante matrimonio que correspondieron á marido y muger, como vemos se observa cuando se promete la dote constante matrimonio en virtud de la presente ley; y si su disposicion ha de regir, como lo pretenden los autores de la sentencia contraria, en el caso de haberse disuelto el matrimonio, era preciso decir que se habia de satisfacer la dote de por mitad de los gananciales que pertenecieron á la muger, y la razon es clara, porque no perdiendo los bienes gananciales la naturaleza de tales por la disolucion del matrimonio, como lo reconocen los autores de la contraria, se ha de decir que del mismo modo que constante matrimonio se paga la dote que ofreció el padre de por mitad de los gananciales que pertenecian á la muger, debe pagarse disuelto el matrimonio de por mitad de los que tocaron á la muger, aunque se hayan ya dividido entre los demas hijos, y asi se incurre en el inconveniente y absurdo que notamos en la primera parte del dilema de que se compone el presente argumento.

12 La ley última, C. *de dotis promissione* presta no leve fundamento á favor de la opinion de Gomez; declaró en ella Justiniano que si el padre prometió á la hija ó hijo disuelto el matrimonio la dote ó dona-

cion se debe presumir que la prometió el padre de sus bienes propios, y no de la hija ó hijo. Si espresó que queria satisfacer ó prometer la dote de sus bienes y de los maternos, en tal caso dispuso que si el padre carecia del todo de bienes se creyese que le señalaba la dote ó donacion de los bienes que pertenecian á la hija ó hijo; pero si el padre tenia suficientes bienes para satisfacer la dote ó donacion, quiso el Emperador que se entendiese ofreció pagar la dote de su patrimonio el padre, sin embargo de haber espresado su intencion. Supuesta esta disposicion del derecho comun se ve que la presente ley de Toro no es correctoria en parte de dicha disposicion ni en el todo, antes bien deja en su vigor y fuerza su resolucion, limitándose y ciñéndose á declarar que en el caso de que constante matrimonio el padre ofreciese la dote ó donacion á su hijo ó hija, sin espresar de qué bienes, se entienda que la debe satisfacer de los bienes gananciales si los hubiese, y no habiéndolos de sus bienes propios, con lo que se ve que la presente ley de Toro en nada alteró la disposicion de la ley del código que resolvia en el caso de que se hubiera disuelto el matrimonio, como se puede colegir de la espresion que hace de si el hijo ó hija tenia bienes maternos; y cuando se insista en que la ley de Toro corrigió á la del código, deberá ser solo en la parte que espresaba que si el padre sin otra espresion ofrecia la dote ó donacion, se entendiese que la ofrecia de sus bienes, disponiendo la ley de Toro que en tal caso se pagase la dote ó donacion de por mitad de los bienes multiplicados durante el matrimonio, y como en el caso de que disuelto el matrimonio ofreciese el padre la dote ó donacion no dispone espresamente nuestra ley de Toro de los bienes que se debe satisfacer, es preciso decir que en esta parte se ha de estar á lo dispuesto por la ley del código ínterin no se pruebe su derogacion.

13 Resta ahora responder á los fundamentos de Covarrubias, y en cuanto al primero de la práctica de los tribunales lo dejo al juicio de los jueces, que deberán observar si es constante y cierta la práctica que se alega, de que por ahora no puedo formar concepto ni asegurarla por hallarme en Aragon, donde no rigen las leyes civiles de Castilla.

14 El segundo fundamento se reduce á que del matrimonio dimanó al padre la obligacion de dotar á la hija, y asi esta carga debe reputarse contraida constante el matrimonio, aunque se prometa la dote ó donacion en tiempo que ya se haya disuelto, y las deudas contraidas en tiempo de la sociedad deben satisfacerse del caudal que le pertenece. A esto respondo que la obligacion que tiene el padre de dotar á la hija no la causa el matrimonio. Esta distincion, que parece aérea y frívola, disuelve sólidamente el argumento. Si el matrimonio fuera la causa de esta obligacion, no habiendo matrimonio cesaria dicha carga, lo que vemos es falso, hallándose tambien obligado el padre á dotar á la hija natural, como lo afirma Covarrubias con otros en la parte 2.ª *de matrim.*, cap. 8.º, §. 6.º, número 14, y por el contrario habria obligacion de dotar en los que habian tenido hijos legítimos, lo que vemos no procede en la madre. El que el matrimonio sea ocasion de esta obligacion no basta para que se pueda afirmar que se contrae constante matrimonio cuando despues de disuelto se promete la dote, y la razon es obvia, porque el padre no promete y debe la dote sino cuando trata de casar la hija, y siempre que esto sucede disuelto el matrimonio se verifica que dicha obligacion no se contrajo constante matrimonio, y por tanto no debe satisfacerse de los bienes gananciales adquiridos en tiempo del matrimonio. La obligacion que contrae el padre por la generacion de la hija es remota y en abstracto, que de nada sirve ni aprovecha para constituirlo propia y realmente obligado si no se concreta á la promesa del padre y casamiento de la hija, á la manera que desde que cada uno nace se puede tambien decir que está obligado á pagar las deudas que contraiga, sin que por esto se pueda pretender que por el nacimiento se obliga uno propio y realmente á pagar las deudas que contraiga, aunque sea cierto que si no hubiera nacido no se habria obligado, como es igualmente cierto que si el padre no hubiera engendrado á la hija no tendria obligacion de dotarla al tiempo de casarla. A esto se aumenta que la obligacion del padre de dotar á la hija le proviene por derecho comun y por razon de equidad, como observa Molina *de justitia et jure*, trat. 2.º, disp. 424, número 9.º; estableció la presente ley de Toro que como por derecho real los bienes gananciales se dividen por mitad entre marido y muger, pudiese aquel enagenar estos bienes para

dotar á la hija comun de ambos, y como la ley solo concede esta facultad constante matrimonio, no parece debe estenderse al caso en que la dote se prometió disuelto el matrimonio, aunque á primera vista parezca milita la misma razon en un caso que en el otro, pues si se le da valor á esta razon de equidad deberia decirse que despues que por derecho real se estableció la division de gananciales entre marido y muger, debia haberse estendido á esta la obligacion de dotar y constituir donacion á sus hijos en el caso de que hubiera gananciales, y que se verificase la muerte del marido antes de dar á sus hijos.

15 Las otras razones que trata Baeza de que los gananciales se adquieren á costa del sudor y trabajos del marido, y no de la muger, como lo supone á los números 112, 115 y 124, no son tan ciertas y fundadas como manifiesta, pues por la ley 4.ª, tít. 9.º, lib. 5.º de la Recopilacion, se dispone que aunque la muger lleve muchos mas bienes al matrimonio que el marido, parta este por iguales partes con ella las ganancias, de que se convence que tanto puede suceder que los gananciales provengan de los frutos de los bienes de la muger como de los trabajos é industria del marido, sin que estas circunstancias particulares puedan servir de alterar la disposicion de la ley real, que fundada en una presuncion general quiso que los gananciales se dividiesen por iguales partes entre los consortes, suponiendo que provenian de los bienes, trabajos é industria de ambos, y asi carece de fundamento legal la suposicion de Baeza para pretender que al trabajo del marido se le deben los gananciales, y que puede disponer de ellos para dotar á sus hijos aun despues de disuelto el matrimonio.

16 Pregunta Baeza en el número 126 del citado capítulo 11 si en el caso que el padre solo dota á la hija constante matrimonio, y se satisface dicha dote de los gananciales, deberá traer á colacion por la muerte del padre toda la dote ó solo la mitad, reservando la otra para la muerte de la madre, y responde que toda la dote debe traerse á colacion por la muerte del padre, fundándose en que el padre sólo es el que dota, como se ve por la espresion literal, *pero si el padre solo*; y aunque la dote se dé de los bienes gananciales, los cuales son comunes entre marido y muger, con todo desde el dia que los enagena el padre salen de dominio de la madre como si nunca hubieran existido, y asi la madre ni sus herederos no pueden pedir lo enagenado, sino lo que se encuentre al disolverse el matrimonio es lo que se ha de dividir, pues lo demas que ha enagenado el padre sin dolo no se presume lo ha dado la madre, de lo que infiere al número 129 que aunque el padre da los gananciales deben traerse á colacion, y como tales dividirse entre marido y muger los que se encuentren al tiempo de disolverse el matrimonio, por presumirse adquirido *illo constante*.

17 Antonio Gomez al fin del número 24 propone esta cuestion, y resuelve, citando á Palacios Ruvios, cuya cita no he hallado, que solo debe traerse á colacion la mitad de la dote perteneciente al padre, reservándose la otra mitad para la herencia y sucesion de la madre, segun la ley 14, tít. 6.º, lib. 3.º del fuero real. Esta resolucion de Gomez me parece mas conforme á derecho que la de Baeza, y me fundo en que de otro modo estaria en arbitrio del padre privar á la madre del todo ó de parte de su mitad de gananciales, y adquirirla él aumentando su herencia, como necesariamente se verificaria si toda la dote que da el padre constante matrimonio de los bienes comunes se tragese á colacion en su herencia, lo que seria contra la disposicion de la ley real que concede al padre la enagenacion de los gananciales, con tal que no sea en fraude de su madre. Ni esto se desvanece con que el padre solo es el que da la dote, pues se debe estender á los bienes de que la da, que son comunes á marido y muger, y por tanto la mitad de ellos son y se reputan de la madre, y deben traerse á colacion en su herencia, sin que á esto se oponga que en el dia que da la dote el marido salen los bienes del dominio de la madre, como si nunca hubieran existido, pues igualmente salen del dominio del padre, y con todo no se reputan como si nunca hubieran existido, sino que deben traerse á colacion. El espresar la ley el caso de cuando el padre solo da la dote no es para privar á la madre y sus herederos del derecho de colacion que tiene á la mitad de la dote constituida de los gananciales, y seria un absurdo que lo que dispuso la ley en favor de la madre se convirtiese en daño y perjuicio suyo, y asi se ha de decir que la facultad que concede la presente ley al padre es de que aunque sea solo pueda constituir la dote á la hija de los bienes comu-

nes, pero no el que estos se consideren como propios suyos para efecto de traerlos á colacion en su herencia.

18 Si estas razones no satisfacen, aconsejaria á la muger que nunca dejase de prometer la dote con su marido, pues si conocia que para satisfacerla bastaban los gananciales, nada perdia en prometerla, pues aunque no la prometiese se habia de pagar de los mismos gananciales, y ganaba por otra parte el que se trajese á colacion la mitad de ella en su herencia, y si veía que la dote que iba á prometer era mayor que los gananciales, debia prometerla en cuanto alcanzasen los gananciales, y de ese modo conseguía el que se trajese á colacion en su parte de gananciales, sin obligarse á satisfacer la cantidad que escediese á los gananciales.

Ley LIV de Toro; es la 1.ª, tít. 3.º, libro 5.º de la Recopilacion.

La muger durante el matrimonio no pueda sin licencia de su marido repudiar ninguna herencia que le venga ex testamento ni abintestato, pero permitimos que pueda aceptar sin la dicha licencia, cualquier herencia ex testamento é abintestato con beneficio de inventario, y no de otra manera.

COMENTARIO

á la Ley 54 de Toro.

1 Dispone la presente ley que la muger durante el matrimonio no pueda renunciar sin consentimiento de su marido la herencia que le venga ex testamento ó abintestato; pero bien puede aceptarla con beneficio de inventario, aunque no intervenga la licencia de su marido.

2 Es innegable que la disposicion de esta ley se dirige á favor del marido, no solo para no causarle perjuicio, sino tambien para no privarle del beneficio y utilidad que le pudiera provenir por medio de su muger, en lo que se separa nuestra ley de la disposicion del derecho comun, el que permitia á la muger renunciar sin licencia de su marido el derecho que habia de adquirir, fundándose en que el derecho de admitir cualquier herencia no se reputaba entre los bienes, ni por patrimonio nuestro, pues no se disminuía este renunciando de ella, ley 6.ª, tít. 8.º, lib. 42, habiendo una notable diferencia entre no adquirir y perder renunciando lo adquirido, conforme á la ley 5.ª, §. *si maritus* 13, ff. *de donationibus inter virum et uxorem.*

3 Siendo, pues, nuestra ley tan favorable á los maridos, que no quiere privarlos sin su consentimiento del lucro que podian tener por medio de sus mugeres aceptando estas la herencia, se sigue necesariamente que la renuncia de la muger, hecha sin consentimiento de su marido, es nula y no tiene efecto alguno hasta que la apruebe el marido, dependiendo de la voluntad de este el que la admita ó la renuncie, Matienzo, glosa 2.ª á esta ley, número 4.º

4 Lo que dispone nuestra ley acerca de la herencia debe tener lugar en el legado y donacion *inter vivos*, y la razon es tan obvia como clara, porque si la herencia, solo por poder ser útil al marido, no quiere la ley que la renuncie la muger sin licencia de este, con mas razon ha de exigir el mismo requisito en el legado y donacion, que por su naturaleza siempre son lucrosos al que los recibe, sin que en ningun caso le puedan perjudicar, á no ser cuando el padre deje el legado á la hija que priva de la herencia injustamente, con ánimo de quitarle el remedio de la querella *inofficiosi testamenti*, segun observa Menchaca, citado por Matienzo, glosa 3.ª, número 3.º

5 La segunda parte de esta ley se dirige á precaver el daño que podia esperimentar el marido si la muger aceptase la herencia sin su consentimiento, pues en tal caso quedaria obligada á los acreedores, y de consiguiente se perjudicaria al marido en los frutos que producirian los bienes de la muger que habian de servir para satisfacer á los acreedores, y asi únicamente le permite nuestra ley á la muger que pueda aceptar la herencia con beneficio de inventario, porque por este medio no se obliga la muger á mas que lo que alcanza la herencia, segun la ley 5.ª, tít. 6.º, partida 6.ª, y de consiguiente no perjudica al marido.

6 Matienzo en la glosa 3.ª, número 1.º y 2.º, parece inclinarse á que la muger, aceptando la herencia sin inventario y sin consentimiento de su marido, queda obligada *in solidum* á los acreedores; pero claramente dice en el número 3.º que la muger no puede aceptar sin inventario el fideicomiso universal, porque este está suje-

to á las cargas hereditarias, y lo mismo espresa en el número 5.º, donde resuelve que si el inventario no se ha hecho en tiempo, no queda obligada, y se funda en que la adicion de la herencia no vale con perjuicio de su marido. Acevedo en el número 19 impugna la opinion de Matienzo del número 1.º y 2º citados, segun esta ley. Lo mismo dispone la ley 55 de Toro, que le prohibe á la muger casada hacer contrato ó cuasi contrato sin licencia de su marido, y la adicion de la herencia la reputa por contrato la ley 3.ª, §. 2.º, ff. *quibus et causis in possesionem eatur*.

7 Como por la ley 14, tít. 20, lib. 3.º del fuero real los consortes deban pagar por mitad las deudas contraidas durante el matrimonio, á no ser que la muger renuncie de los gananciales, que entonces queda libre de esta obligacion, segun la disposicion de la ley 60 de Toro, se infiere que en el caso de que la muger, disuelto el matrimonio, contraiga segundas nupcias, no puede sin licencia de su segundo marido aceptar los gananciales, ni renunciar de ellos, lo primero por no gravar al marido, y lo segundo por no privarle del beneficio que le podia resultar.

8 Si se intenta persuadir que en este caso no es necesario el consentimiento del segundo marido, porque por el hecho de no renunciar la muger de los gananciales del primer matrimonio se entiende que los acepta, digo que siempre es indispensable el consentimiento del marido, porque supuesto que á la muger se le señala tiempo para deliberar la aceptacion ó la renuncia, como se ha dicho en la ley 60 de Toro, es preciso que hallándose casada con el segundo marido, al tiempo de esta deliberacion preste este su consentimiento para la aceptacion ó renuncia, segun la presente ley.

9 Propone esta duda Menchaca, lib. 1.º *de testament. potentia*, §. 4.º, número 50 al fin, y aunque pone las razones que persuaden la necesidad del consentimiento del segundo marido, la deja indecisa por decir que para él es una cuestion nueva.

Ley LV de Toro; es la 2.ª, *tít.* 3.º, *libro* 5.º *de la Recopilacion.*

La muger durante el matrimonio sin licenciá de su marido como no puede hacer contracto alguno, assi mismo no se pueda apartar ni desistir de ningun contracto que á ella toque, ni dar por quito á nadie del, ni pueda hacer casi contracto, ni estar en juicio faciendo, ni defendiendo sin la dicha licencia de su marido, é si estobiere por sí ó por su procurador, mandamos que no vala lo que ficiere.

COMENTARIO

á la ley 55 de Toro.

1 Dispone la presente ley que la muger durante el matrimonio no pueda sin licencia de su marido celebrar algun contrato, ni separarse de los que hubiere contraido, ni libertar de ellos á otro. Que tampoco pueda sin dicha licencia hacer cuasi contrato; ni parecer en juicio, bien sea demandando ó respondiendo, y si se presentare por sí ó por procurador sea nulo lo que hiciere.

2 Supuesto que la disposicion de esta ley, segun el comun sentir de nuestros comentadores, se dirige á favorecer á los maridos, y evitar que puedan esperimentar algun perjuicio por medio de sus mugeres, se sigue claramente que la muger se halla escluida de contratar, cuasi contratar, y eximir de la obligacion á cualquiera que sea, sin licencia de su marido.

3 Valiéndose de esta razon de la ley, que mira al beneficio de los maridos, será fácil resolver las muchas dudas que proponen los autores, especialmente Acevedo, contentándome con resolver algunas de las mas fundadas.

4 Pregunta Matienzo en la glosa 1.ª, número 2.º, si podrá la muger hacer una donacion *mortis causa*, y responde que sí, fundado en la ley 4.ª, tít. 11, partida 5.ª, en donde se ordena que el que puede testar puede donar *mortis causa*; y como la muger no necesita de la licencia de su marido para testar, tampoco debe serle necesaria para hacer la donacion.

5 Antonio Gomez, *de cont.*, cap. 4.º, número 16, el señor Covarrubias en la parte 3.ª de la rúbrica *de test.*, número 15, y Acevedo en la presente ley, número 6.º, defienden lo contrario, y al argumento de Matienzo satisface Acevedo diciendo que aunque le sea permitido á la muger donar *mortis causa*, lo ha de hacer conformándose con la disposicion de nuestra ley, asi como el mismo Matienzo reconoce en el número 10 de dicha glosa 1.ª que la muger

no puede dotar á la hija sin licencia de su marido, y sin embargo la ley 53 de Toro le concede la facultad de dotarla. Reduciendo á concordia estas dos opiniones, digo que la de Matienzo es verdadera si la cosa donada no se entrega al donatario hasta la muerte del marido, porque en este caso ningun perjuicio se le sigue de la donacion, que fue lo que quiso precaver la ley, y á esto alude lo que dice Matienzo de que no se le sigue perjuicio al marido, y que caso que se haya entregado la cosa donada puede el marido revocar la donacion en cuanto al usufructo.

6 Antonio Gomez en el número 2.º propone la duda de si el contrato hecho por la muger sin licencia de su marido será válido, si es útil y ventajoso á la muger, y resuelve que es válido, fundándose en el ejemplo del menor, cuyo contrato es válido y subsistente aunque lo haya celebrado sin la autoridad del tutor, si le es útil y provechoso, segun la ley 14, tít. 13, lib. 2.º, *Cod.* Se hace cargo del argumento que podia sacarse de la ley 59 de Toro, que dispone que cuando la causa para contratar la muger le sea útil, pueda en ausencia de su marido obtener la licencia de la justicia, de donde parece inferirse que aun en caso de utilidad es necesaria la licencia para que en todo tiempo sea válido el contrato, aunque despues no se verifique la utilidad; pero en el caso de la cuestion la utilidad debe acreditarse, y probarse despues de concluido el contrato.

7 Matienzo es de la misma opinion en la glosa 1.ª, número 13 y siguientes, y no parece la mas fundada, pues siendo el fin de esta ley el que no sienta perjuicio el marido por parte de su muger sin su consentimiento, no pudiéndose verificar en este caso dicho perjuicio, parece debe cesar la disposicion de la ley, siendo esta ilacion tanto mas fundada, cuanto es conforme á la ley 54 de Toro, la que sin embargo de prohibir que la muger pueda admitir la herencia sin consentimiento de su marido, la permite admitirla con beneficio de inventario, cuya disposicion se funda en que en tal caso no puede temerse le resulte daño alguno á su marido, de que se comprende que cuando para algun acto se exige en el derecho cierta solemnidad por favor de alguna persona, aunque falte dicha solemnidad debe reputarse por válido el acto si resulta ser útil á la persona en cuyo favor se requeria. El señor Covarrubias en sus prácticas, cap. 28, número 10, refiere varios ejemplos favorables á esta doctrina.

8 Tambien suelen dudar los autores si para contratar la muger con su marido será necesaria la licencia de este, y aunque Gomez y Matienzo, glosa 1.ª, número 12, resuelven que no, Acevedo en el número 15 y siguientes se manifiesta dudoso en el partido que deberá elegir, y abraza la cautela que propone Avendaño de que en tal caso se pida licencia á la justicia.

9 Posteriormente me ha parecido mas fundada la opinion de Gomez y Matienzo, por la sospecha de que el marido no la perjudicara, ó que ella consintiera impelida del temor, y asi se ve que la ley 61 prohibe que la muger se obligue de mancomun con su marido.

10 Gregorio Lopez en la ley 5.ª, título 11, partida 4.ª, glosa 3.ª, §. *item et* 4.º, no solo duda si es necesaria la licencia del marido, sino que se inclina á que no basta dicha licencia, porque la interpone en un acto propio, y á mas, porque el estatuto de que la muger no contraiga sin licencia del marido, no solo mira el favor de este, segun Baldo, sino tambien se dirige á precaver la imbecilidad y su fragilidad, segun Ludovico Romano.

11 Satisfaciendo á esta dificultad, digo no puedo menos de estrañar que un comentador que se pone de intento á esplicar nuestras leyes reales se apoye del estatuto de que habla Baldo para resolver una cuestion, cual es si la muger constante matrimonio puede renunciar los gananciales, que depende de la decision de la ley 60 de Toro, olvidándose de las leyes 54 y 55 de Toro, en que manifiestamente se indica, segun el comun sentir de nuestros autores, que la prohibicion que hacen dichas leyes á la muger de contratar sin licencia de su marido, unicamente se dirige á favor del mismo, como se convence de la limitacion de que usan las espresadas leyes al tiempo que dura el matrimonio; indicio cierto de que disuelto este cesa la prohibicion, y de consiguiente que esta no atiende á remediar la fragilidad de la muger, no habiendo ninguna ley real que le prohiba generalmente el contratar libremente en estado de soltera, de que se manifiesta el ascendiente que tiene en nuestros nacionales la autoridad de los comentadores del derecho comun, y sus leyes, y el poco aprecio que se hace de nues-

tras leyes reales, y supuesto que el fin de la presente ley sea el no perjudicar al marido sin su consentimiento por el contrato de la muger, se concibe fácilmente que el marido renuncia de este beneficio por el hecho de contratar con su muger, sin que pueda y deba reputarse esta licencia como una autoridad, segun pretende Gregorio Lopez, que no se puede prestar en un acto propio, siendo constante que aunque á las mugeres por las leyes se les concede el beneficio de no poder obligarse, tienen la facultad de renunciar de este favor, siempre que enteradas de él quieran renunciarla, segun la ley 3.ª, tít. 12, partida 5.ª

12 Para mayor convencimiento de la verdad de la resolucion de esta duda supongamos una de dos cosas, que el contrato que celebra el marido con su muger es favorable á este, y perjudicial á aquella, ó al contrario, favorable á esta, y perjudicial á aquel: si se verifica lo primero el contrato es válido, porque la ley, como queda dicho, no se dirige á precaver el daño de la muger, sino del marido, y en este caso no lo esperimenta: si sucede lo segundo tambien debe ser válido, porque se entiende que el marido renuncia del favor que le concede la ley, no habiendo alguna disposicion legal que le impida hacer dicha renuncia.

13 Otra de las dudas que suscitan los autores es si el contrato hecho sin licencia del marido será válido, ó convalecerá muerto este, en la cual, por no detenerme mas, me contento con decir que Matienzo al número 11 de la glosa 1.ª se halla indeciso, y se inclina á que si no esperimentan los hijos perjuicio en los bienes dotales de su madre es válido, y es de estrañar que no afirme lo mismo cuando el perjuicio lo sienten en los bienes adquiridos constante matrimonio, en cuyo caso dice quedará obligada la muger, pero no si ha de satisfacer la obligacion de los bienes dotales, y encarga que en este caso se reflexione y examine. Acevedo en el número 46 afirma espresamente, citando á otros, que el tal contrato es nulo por su naturaleza, y que asi no se puede revalidar por la muerte del marido, al que se podrá consultar sobre esto, como tambien acercá de si basta la licencia tácita, ó se requiere la espresa, de que trata en el número 9.º y siguientes.

14 Como nuestra ley iguala los cuasi contratos á los contratos en cuanto á no poderse celebrar por la muger sin licencia del marido, cesa la duda que habia entre los autores, de si al que se le prohibe el contratar se debe entender inhibido de celebrar cuasi contratos, que son aquellos que se contienen en el tít. 28, lib. 3.º, *Institut.*, por lo que es ocioso detenerme en este punto, como tambien le pareció á Matienzo, glosa 4.ª

15 La última parte de la ley prohibe á la muger comparecer en juicio sin licencia de su marido, demandando ó demandada, aunque intervenga procurador en su nombre, bajo pena de nulidad. Conviene advertir aquí que esta pena de nulidad recae sobre comparecer en juicio por sí ó su procurador, como se manifiesta por el contesto de la ley, la que despues de referir las cosas á que se estiende su prohibicion, entre las cuales numera el parecer en juicio demandando ó demandada, continúa diciendo: "y si estuviere por sí ó por su procurador, mandamos que no valga lo que hiciere;" pero no por esto se ha de inferir que no comprende la pena de nulidad á los contratos y demas cosas que se prohiben por la ley, no interviniendo la licencia del marido, como lo sientan nuestros espositores, y Acevedo al número 29, donde cita á algunos.

16 De esto se infiere que las mismas razones con que he persuadido ser válido el contrato celebrado por la muger sin licencia de su marido si le era favorable, militan para sostener es válida y subsistente la sentencia que haya obtenido en juicio la muger, aunque litigase sin licencia de su marido, conforme á la ley 14, tít. 13, libro 2.º, C., donde el Emperador Gordiano declara que la sentencia dada á favor de una menor que habia litigado sin curador era válida, y da una razon muy adaptable á nuestro propósito. "*Minoribus enim ætas,* dice, *in damnis subvenire non in rebus prospere gestis obesse consuevit.*"

17 Se ofrece la duda de si la muger necesitará de la licencia de su marido para responder en el juicio criminal en que está acusada, y resuelve Acevedo, número 108, que el uso ha introducido no se necesite de dicha licencia, aunque segun nuestra ley se deba decir lo contrario; pero á mí me parece que sin contravenir á la disposicion de la ley puede decirse no es necesaria la licencia del marido, pues suple sus veces el juez, de cuya órden responde, á mas que en tal caso se ve la muger en la necesidad

de satisfacer los cargos que se la hagan, y si cuando tiene que hacer una enagenacion necesaria reconoce Acevedo al número 81 que no es necesaria la licencia del marido, por la misma razon se ha de decir que tampoco lo es en el caso presente, evidenciándose esto con lo que disponen las leyes 77 y 78, que permiten que por el delito de la muger casada pierda esta en parte ó en el todo sus bienes, de cualquier especie que sean; prueba nada equívoca de que en tal caso no tienen lugar la ley presente y las demas que favorecen al marido, exigiendo su licencia para que la muger pueda enagenar y contratar, pues de otro modo se habria de decir que la disposicion de las leyes 77 y 78 dependia de la voluntad del marido, el cual seguramente nunca prestaria su consentimiento para semejantes enagenaciones.

Ley LVI de Toro; es la 3.ª, tít. 3.º, lib. 5.º de la Recopilacion.

Mandamos que el marido pueda dar licencia general á su muger, para contraer, y para hacer todo aquello que no podia hacer sin su licencia, y si el marido se la diere vala todo lo que su muger ficiere por virtud de la dicha licencia.

COMENTARIO

á la Ley 56 de Toro.

1 Por la presente ley se le concede al marido la facultad de poder dar licencia general á su muger para hacer todo lo que se le prohibe sin su licencia en las leyes 54 y 55 de Toro, y quiere que en virtud de dicha licencia valga todo lo que la muger hiciere.

2 La decision de esta ley es tan clara que nada necesita para su cabal inteligencia, y asi me contentaré con advertir que en fuerza de la licencia general ó especial de su marido no puede la muger enagenar en parte ó en el todo los bienes dotales, como entre otras leyes espresamente se resuelve en el §. inicial del tít. 8.º, lib. 2.º, *Institut.*, y lo comprueban Cifuentes en la presente ley, donde se pueden ver algunas limitaciones que pone, y Acevedo, número 6.º, y Gomez al número 57 de la ley 53 de Toro, debiéndose entender la disposicion de esta ley, segun Cifuentes, limitada á solo aquellas cosas que las leyes anteriores prohibian á la muger enagenarlas sin licencia especial de su marido; y como la enagenacion de la dote no se le concede á la muger en dichas leyes, aunque sea con licencia de su marido, estándole inhibida á este la enagenacion de la dote de su muger en la ley 7.ª, tít. 11, partida 4.ª, de aqui se sigue que en virtud de la licencia general, que puede el marido conceder á su muger por la disposicion de la presente ley, no puede esta pasar á enagenar su dote.

3 Pregunta Gomez en el lugar citado si valdrá la enagenacion de la dote hecha por el marido ó por la muger, ó por uno y otro; y aunque resuelve que no, á continuacion pone esta escepcion, sino es que jurase la muger, cuya escepcion me parece falsa en el caso presente, pues aunque es cierto que el juramento confirma el contrato prohibido en favor del que jura, con tal que no intervenga perjuicio de tercero, ni redunde en perjuicio del alma, segun el capítulo *cum contingat de jure jurando*, y Covarrubias en la parte 2.ª, *Rel. quamvis pact.*, §. 2.º, número 13 y 14, en nuestro caso la enagenacion hecha por la muger de los bienes dotales, sin consentimiento de su marido, es en perjuicio de este, segun las leyes reales espresadas, y de consiguiente debe ser nula, aunque intervenga juramento; pero reconociendo Gomez en el número 8.º de la ley 55, igualmente que Acevedo en dicha ley, número 87, y Covarrubias, *de matrimonio*, parte 2.ª, cap. 7.º, §. 1.º, número 3.º, que el contrato hecho por la muger sin licencia de su marido es nulo, aunque intervenga juramento, en virtud de las leyes 54 y 55 de Toro, se debe decir que cuando Gomez afirma que la enagenacion de la dote hecha por la muger es válida si mediaba juramento, era en la disposicion de que el marido prestase su consentimiento, en cuyo caso se entiende renuncia este del favor que dichas leyes le conceden.

Ley LVII de Toro; es la 4.ª, tít. 3.º, lib. 5.º de la Recopilacion.

El juez con conoscimiento de causa legítima, ó necesaria, compela al marido que dé licencia á su muger, para todo aquello que ella no podria hacer sin licencia de su marido, é si compelido no gela diere, que el juez solo se la pueda dar.

COMENTARIO

á la Ley 57 de Toro.

1 Dispone la presente ley que pueda el juez con conocimiento de causa compeler al marido á que dé licencia á su muger para todo aquello que no puede hacer por sí sin dicha licencia, y si compelido no se la quisiese dar, que se la dé el juez por sí.

2 Negándose el marido á dar licencia á su muger para hacer lo que se le prohibe en las leyes anteriores, quiere la presente ley que el juez reciba informacion sobre la urgencia de la muger y contradiccion del marido, y resultándole que la causa es legítima ó necesaria, proceda á compeler al marido, para que preste su consentimiento, y resistiéndose á darlo lo supla el juez por su parte.

3 Este conocimiento de causa que pide la ley se ha de hacer en un juicio ordinario con citacion del marido, recibiendo la causa á prueba, y admitiendo las escepciones y réplicas que las partes quieran proponer, segun Acevedo en esta ley, número 9.º Cuando en virtud de este juicio aparece que la muger tiene legítima causa para pedir la licencia, cual seria si disminuyéndose el caudal del marido, la muger pidiese su dote, segun Matienzo, glosa 1.ª, número 4.º, ó necesaria, como por deuda urgente, segun el mismo Matienzo, número 3.º, deberá el juez apremiar al marido por multa pecuniaria ó por cárcel, conforme al sentir de Matienzo en la glosa 2.ª, para que preste su consentimiento, y en caso que esto no baste, deba el juez por sí habilitar á la muger con su licencia, en la que deberá hacerse mencion de la discusion de la causa que ha precedido, conforme al sentir de Acevedo, número 4.º, y á lo mismo alude lo que dice Gomez en el tomo 2.º, cap. 14, número 13, hablando de la enagenacion de los bienes del menor hecha con decreto del juez.

Ley LVIII de Toro; es la 5.ª, tít. 3.º, libro 5.º de la Recopilacion.

El marido pueda ratificar lo que su muger oviere fecho sin su licencia, no embargante que la dicha licencia no haya precedido, ora la ratificacion sea general, ó especial.

COMENTARIO

á la ley 58 de Toro.

1 Dispone esta ley que el marido pueda ratificar lo que su muger hubiere hecho sin su licencia, bien sea la ratificacion general ó especial.

2 A primera vista se ofrece contra la decision de esta ley una dificultad de no pequeña magnitud, fundada en que cuando la ley exige el consentimiento é intervencion de alguna persona para la subsistencia y validacion de un acto, no basta que posteriormente al acto se interponga y preste el consentimiento, como se echa de ver en los contratos celebrados por el menor sin la autoridad del tutor ó curador, que no se revalidan por el posterior consentimiento, segun la ley 9.ª, §. *tutor*, ff. *de autoritate tutorum*, y del §. 2.º, título 21, lib. 1.º, *institutionum*, omitiendo otros casos que refiere el Gomez en la ley 42 de Toro, por lo que se hace preciso detenernos á examinar la razon de decidir de esta ley.

3 Palacios Ruvios despues de afirmar en el número 1.º que él y los demas consejeros que asistieron á la formacion de esta ley examinaron plenísimamente la doctrina de varios autores acerca de cuando deba preceder, concomitar ó subseguirse al acto el consentimiento, el consejo, la autoridad y la licencia, de cuya doctrina se pudiera tomar la razon de dudar que les movió á la formacion de esta ley; en el número 2.º, haciéndose cargo de que se requiere para la validacion del acto ejecutado por la muger la licencia del marido, de cuya naturaleza es que deba preceder al acto, y si debe preceder no puede bastar el que le subsiga, estando lo contrario dispuesto por la ley, dice que la razon es porque no es esta propiamente licencia, sino que con mas razon se ha de llamar consentimiento, ó por lo menos se arrima á la naturaleza del consentimiento, y cita la ley 2.ª, tít. 14, partida 1.ª, en donde se espresa que licencia en latin y otorgamiento en romance todo es una cosa, añadiendo que algunos sabios antiguos en los contratos celebrados por la muger juntamente con su marido, decian que eran hechos con licencia, autoridad, otorgamiento y espreso consentimiento, por lo que afir-

ma que todos los consejeros reales estuvieron conformes en el establecimiento de esta ley; que la licencia, como de la naturaleza del consentimiento, podia subseguirse al acto.

4 Matienzo en la glosa 1.ª, número 4.º, defiende que cuando se requiere el consentimiento *pro forma* ó solemnidad para algun acto, debe intervenir al mismo tiempo, y cita los capítulos *auditis*, y *quia propter de electione*. En el número 5.º pasa á examinar cuándo el consentimiento se requiere *pro forma* ó no, y sienta con Tiraquelo que cuando el consentimiento se pide por favor de aquella persona que lo ha de prestar, entonces se entiende que no se requiere *pro forma*, porque solo mira á la utilidad particular del que ha de consentir, y en tal caso no es necesario que preceda al acto, sino que basta que subsiga, pero al contrario si el consentimiento se exige de aquella persona á quien nada le interesa que se celebre ó no el acto, entonces se ha de decir que el consentimiento se exige *pro forma* y solemnidad, porque se dirige á legitimar y autorizar la persona del que ha de celebrar el acto, y debe necesariamente prestarse al tiempo del acto.

5 Pasando en el número 7.º á contraer esta doctrina al caso presente, infiere á *posteriori*, que disponiendo la ley que basta el consentimiento del marido despues del contrato ó acto de la muger celebrado sin su licencia, se convence claramente que exige la ley el consentimiento para que no se le perjudique al marido, y asi no es de admirar que pueda el marido en perjuicio suyo ratificar lo que su muger hizo sin su licencia, y en virtud de la ratificacion valdrá el acto, no solo desde que fue ratificado, sino desde el instante que se celebró. Acevedo en el número 4.º de esta ley dice que la razon de su decision se funda en que la licencia del marido no se requiere por la ley para autorizar la persona de la muger, sino para evitar que no se le siga perjuicio al marido, lo que coincide con la doctrina referida del Matienzo, de que la licencia no se requiere *pro forma et solemnitate*, sino por favor del marido.

6 Con esta doctrina queda disuelta la dificultad que puse al principio, notándola de singular Matienzo en la glosa 2.ª, número 2.º, y debe tenerse presente que la ratificacion subsiguiente al acto ha de ser antes que la parte contraria reclame la nulidad del contrato ó del juicio, pues despues de reclamado el acto no servirá ni producirá efecto el consentimiento ó voluntad del que quiere confirmar el acto, segun Matienzo, ley 2.ª, glosa 1.ª, número 15, tít. 3.º, lib. 5.º, de la Recopilacion.

7 Como la ley establece por regla general que en virtud de la ratificacion general ó especial subsista el acto que habia celebrado la muger sin licencia de su marido, y entre los actos de esta especie se prohiba la comparencia en juicio, bien sea demandando ó respondiendo, segun la ley 55, se sigue claramente que tambien esta especie de actos celebrados por la muger sin licencia de su marido son comprendidos en la presente ley, y se revalidan por la ratificacion de este.

8 Antes de concluir este Comentario me ha parecido notar la diferencia que observo entre la presente ley y la 42 de Toro, en la que manifiesta Gomez al número 1.º que en dicha ley debe preceder la licencia del Príncipe para la fundacion del mayorazgo, y que no sucede lo mismo en la licencia del marido para la validacion del contrato de su muger, segun la presente ley, que dispone basta que subsiga; pero sin embargo de este parecer del Gomez, mi dictámen es que hay una total uniformidad entre las dos leyes; en uno y otro caso de la fundacion del mayorazgo y del contrato de la muger se requiere previamente la licencia del Príncipe y del marido, ley 42 y 55 de Toro, de que se infiere que no basta que subsiga, mayormente no espresándose en dichas leyes lo contrario, y al mismo tiempo se ve que la ley 42 dispone que la licencia posterior que se dirige á confirmar y aprobar el mayorazgo anteriormente fundado, sea válida y eficaz para confirmar dicho mayorazgo, cuya disposicion es totalmente conforme con la de la presente ley 58, que ordena que el marido pueda ratificar lo que su muger haya hecho sin su licencia, bien sea la ratificacion general ó especial, y asimismo se ha de decir que en virtud de la ley 42 puede el Príncipe confirmar generalmente los mayorazgos fundados hasta tal tiempo ó por tales personas, ó especialmente el fundado por tal sugeto, á la manera que la licencia del marido se dirige á ratificar y confirmar espresamente los contratos anteriormente celebrados por la muger.

9 Siendo, pues, conformes las dispo-

siciones de las dos leyes, se ha de decir que asi como no basta la licencia posterior á la fundacion del mayorazgo, si no se espresa que se dirige á confirmarlo, segun la ley 42, por la misma razon se ha de decir que no basta el consentimiento y licencia del marido para que se entienda ratificado y confirmado el contrato anterior de la muger, si el marido ignoraba dicho contrato y no se dirigia la licencia á ratificarlo.

Ley LIX de Toro; es la 6.ª, tít. 3.º, lib. 5.º de la Recopilacion.

Cuando el marido estuviere absente, y no se espera de próximo venir, ó corre peligro en la tardanza, que la justicia con conoscimiento de causa, seyendo legítima, ó necesaria, ó provechosa á su muger, pueda dar licencia á la muger la que el marido le habia de dar, la cual ansi dada vala, como si el marido se la diese.

COMENTARIO

á la ley 59 de Toro.

1 Dispone la presente ley que en ausencia del marido, que no se espera haya de venir en breve, y siguiéndose peligro en la tardanza, pueda la justicia, con conocimiento de causa legítima ó necesaria ó provechosa á la muger, dar licencia á esta, como se la daria su marido, y que valga del mismo modo como si se la diese su marido.

2 Dos dudas se ofrecen á primera vista de esta ley. La una es si podrá el juez ratificar el contrato de la muger celebrado en ausencia del marido, y la otra se reduce á si siendo notoriamente útil á la muger el contrato tendrá necesidad de la licencia del juez. De una y otra trataremos con separacion.

3 La primera duda la propone Acevedo al número 4.º de la presente ley, y resuelve que no, fundado en que por la ley no se le concede al juez la facultad de ratificar el contrato anterior, antes bien supone la ley que la licencia del juez ha de preceder al contrato, como se manifiesta del conocimiento y exámen que exige la ley para averiguar si la causa es legítima é útil á la muger, á fin de que el juez conceda la licencia. Ni vale decir que el juez sucede en lugar del marido, y de consiguiente ha de poder lo mismo que este, porque se ha de decir que el juez solo sucede al marido en el caso que espresa la ley, y como este no es el de la ratificacion, sino el de la licencia anterior, no es de estrañar no pueda el juez todo aquello que al marido se le concede. A esto se reducen las razones de Acevedo, con cuyo dictámen me conformo, aunque es preciso confesar que no se precavia por esta ley todo el perjuicio que podia resultarle á la muger, pues si esta hubiese celebrado en ausencia de su marido un contrato que le fuera favorable, y se temiera que la otra parte sabedora de la nulidad de dicho contrato se separase de él, seguramente no podria el juez en virtud de esta ley socorrer á la muger en este caso, ratificándole un contrato que conocidamente le era favorable y lucroso.

4 En cuanto á la segunda duda, digo que si el contrato es útil y provechoso á la muger no es necesaria la licencia del juez para su validacion, por la misma razon que no se necesita de la licencia del marido en igual caso, como dejo dicho en la ley 55 de Toro, á donde me remito.

5 Acevedo en la presente ley, número 12, haciéndose cargo de que el contrato útil á la muger es válido sin necesitar del consentimiento del marido, entra á examinar por qué exige la presente ley la licencia del juez, precediendo antes informacion de la utilidad del contrato. Para disolver esta dificultad dice que la presente ley se ha de entender que habla del caso de que el marido esté ausente del territorio, donde se ha de celebrar el contrato, cuya ausencia del territorio quiere que se supla con la ausencia del juez; pero no estando ausente el marido será válido el contrato útil á la muger sin necesitar de la licencia del juez, aunque no haya intervenido la del marido. A mas añade que la presente ley se ha de limitar, y no se ha de creer que habla de cuando el contrato es notoriamente útil ó no dañoso á la muger, porque en tal caso será válido el contrato, esté el marido ausente ó no del territorio, sin necesitar de la licencia del juez, pero no hallándose ausente del territorio el marido, valdrá el contrato, aunque este no consienta, si en realidad resulta útil á la muger, y de consiguiente al marido. Mas en el caso de la ausencia del marido no valdrá el contrato sin la licencia del juez, aunque sea útil á la muger, fundándose

Acevedo para esta doctrina en que en la ausencia del marido, mas facilmente podrá cualquiera engañar á la muger, que en el caso que aquel se hallase en el territorio, donde con mas facilidad podia tener noticia del contrato.

6 Cualquiera de las dos esplicaciones que hace Acevedo para satisfacer la dificultad que se habia propuesto, me parece no tienen el menor apoyo y fundamento, pues la primera se reduce á decirnos que la presente ley habla del caso en que el marido esté ausente y no se espera que haya de venir en breve, y entonces se requiere la licencia del juez, precedida la informacion de utilidad, pero no en el caso de hallarse el marido presente en el territorio. Cuya esplicacion no es otra cosa en realidad que repetir la dificultad que se habia propuesto resolver, pues la dificultad se reduce á indagar por qué es válido el contrato celebrado sin consentimiento del marido, si es útil á la muger, como confiesa Acevedo, y en el caso de la ausencia del marido requiere la ley ademas de la utilidad la licencia del juez; la que se disuelve claramente diciendo que en uno y otro caso es válido el contrato celebrado sin consentimiento del marido presente, y en ausencia de este sin la del juez, con tal que el contrato sea útil y provechoso á la muger, como se convence de este raciocinio. No menos se requiere por la ley 55 el consentimiento del marido para que el contrato celebrado por la muger sea válido, que la licencia del juez segun la presente ley para el mismo fin en ausencia del marido; es asi que el contrato útil y provechoso á la muger es válido, aunque no haya intervenido el consentimiento del marido, luego tambien deberá ser válido y subsistente el contrato útil á la muger celebrado sin licencia del juez en ausencia del marido, mayormente siendo sin la menor duda mayor la autoridad que por la ley 55 se le concede al marido acerca de los contratos de su muger, pues no se necesita para prestar su consentimiento que preceda la informacion de ser la causa legítima útil ó necesaria, que la que por la presente ley se otorga al juez, que va limitada con la informacion que debe preceder.

7 Ni es mas fundada la otra esplicacion de que la presente ley se ha de entender con la limitacion de que no habla, cuando el contrato es notoriamente útil á la muger, pues asi como en el caso de la ley 55 no se requiere que el contrato sea notoriamente favorable á la muger, sino que basta se esperimente ser útil para que valga sin el consentimiento del marido, por la misma razon ha de bastar en la presente ley que el contrato se esperimente útil á la muger, aunque esta utilidad no haya sido notoriamente reconocida por tal antes de la celebracion del contrato, siendo como dejo dicho mayor la autoridad del marido, y mas necesaria y precisa su licencia y consentimiento para autorizar el contrato de su muger que la del juez, y asi repitiendo lo que dije en la ley 55, digo que la informacion de utilidad se requiere que preceda por esta ley antes que el juez dé su licencia, para que el contrato sea válido desde el instante que se celebró con este requisito, aunque en realidad no se verifique despues la utilidad; pero cuando esta se reconoce y esperimenta despues de la celebracion del contrato, se hace este válido y subsistente, aunque no haya precedido la informacion de utilidad, ni la licencia del juez, debiéndose observar que el contrato útil á la muger, celebrado sin licencia de su marido, es en tanto grado válido y subsistente, que no se anula aunque el marido no lo ratifique, y la parte quiera separarse de él, lo que es contra el dictámen de Acevedo en la ley 54, número 14, y la razon en que me fundo es porque la prohibicion de estas leyes no se dirige á favorecer á los que contraen con la muger, sino al marido de esta, y seria cosa irregular que el beneficio introducido á favor de uno le fuera perjudicial.

8 Cuándo se ha de tener la causa por legítima ó necesaria lo trae Castillo, á quien se refiere Acevedo, número 11.

Ley LX de Toro; es la 9.ª, tit. 9.º, lib. 5.º de la Recopilacion.

Cuando la muger renunciare las ganancias, no sea obligada á pagar parte alguna de las deudas que el marido oviere fecho durante el matrimonio.

COMENTARIO

á la Ley 60 de Toro.

1 Dispone la presente ley que cuando la muger renunciare las ganancias no esté

obligada á satisfacer las deudas contraidas constante matrimonio.

2 Esta renuncia de la muger puede verificarse en uno de tres tiempos: cuando se contrae el matrimonio; contraido ya este, y cuando se conoce que hay bienes gananciales, y finalmente al tiempo de disolverse el matrimonio, por lo que para mayor claridad hablaré de cada uno con separacion.

3 En el primer caso no parece puede ofrecerse dificultad en que la renuncia sea válida, pues por ella renuncia la muger de los bienes que habia de lucrar ó adquirir, cuando aun no existen, del mismo modo que puede renunciar de la herencia, legado ó del fideicomiso.

4 Matienzo en la glosa 2.ª á esta ley, número 2.º, advierte que asi como en este caso la muger no puede lucrar los frutos de los bienes del marido, tampoco ha de poder este lucrar los frutos de los bienes de la muger, y se funda en que si en virtud de la tácita sociedad contraida entre los casados se hacen comunes los frutos, disuelta esta sociedad ó no contraida desde el principio por razon de la renuncia, debe cesar la comunicacion de frutos como efecto de la sociedad que es su causa; pero en mi dictámen Matienzo padece notable equivocacion en la ilacion que forma, porque la muger por la renuncia únicamente hace dimision del derecho que le competia á participar de los gananciales concediéndoselos por entero á su marido sin eximirles por este medio en manera alguna de contribuir á sostener las cargas del matrimonio con los frutos de sus bienes, segun la ley 7.ª y 10, §. 3.º, ff. *de jure dot.*, y la 20 del Cod. del mismo título, con las que estan conformes la ley 18 y 25, título 11, partida 4.ª, no debiendo la muger pretender otra exencion en virtud de su renuncia que el no quedar obligada á satisfacer las deudas contraidas en el matrimonio.

5 Se hace mas perceptible esta doctrina reflexionando que en fuerza de la renuncia que hace la muger de los gananciales queda reducida la sociedad matrimonial á los términos del derecho comun de los romanos, por el cual el marido adquiere el dominio de los frutos de los bienes de la muger, especialmente de los dotales, y algunas veces de los parafernales, conforme á la ley 17 del mismo título.

6 Mayor dificultad aparece en el segundo caso cuando la muger constante matrimonio renuncia de los gananciales, mayormente si al tiempo de la renuncia aparece que los hay. Esta dificultad resulta de que adquiriendo la muger *ipso jure* el dominio de su parte de gananciales, segun la ley 2.ª, tít. 9.º, lib. 5.º de la Recopilacion, y los autores que la comentan, y lo que dije en la ley 16 de Toro, se seguiria que era válida la donacion *inter virum et uxorum*, pues por dicha renuncia daba la muger al marido una cosa de que actualmente le pertenecia el dominio.

7 Gregorio Lopez en la ley 5.ª, tít. 11, partida 4.ª, glosa 3.ª, movido de esta razon y de otras de menor entidad, afirma que en tal caso la muger no puede renunciar de los gananciales.

8 Del mismo dictámen es Molina *de justitia et jure*, tratado 2.º, disputa 289, número 19, donde siguiendo y citando á Gregorio Lopez, en el lugar espresado dice que debiéndose á la muger por derecho real la mitad de los gananciales en virtud del contrato de matrimonio, y siendo inválida entre los casados la donacion de remision de la deuda, segun la ley *si sponsus* §. *circa venditionem*, ff. *de donationibus inter virum et uxorem*, se sigue por consecuencia que es inválida la renuncia que hace la muger de los gananciales despues de contraido el matrimonio.

9 Antonio Gomez en la presente ley, número 1.º, y Matienzo en la glosa 1.ª de la ley 9.ª, tít. 9.º, lib. 5.º de la Recopilacion, citando á otros varios autores se hacen cargo de esta dificultad, y responden que aunque es cierto que la muger adquiere *ipso jure* el dominio y posesion de la mitad de los gananciales, no hace esta adquisicion por un acto verdadero y natural, sino ficto y revocable por la ley, y de consiguiente puede renunciar y no adquirir dicha mitad de gananciales asi como puede renunciar y no adquirir la herencia ó legado que *ipso jure* se le defiere á alguno sin adicion ni inmistion, lo que es conforme á la disposicion de la ley 5.ª, tít. 11, partida 4.ª, en la que se declara que en los dos casos espresados de herencia ó legado puede el heredero legatario renunciar de dicha herencia ó legado para que pase á su consorte, que es llamado en su defecto, sin que se pueda reputar por donacion *inter virum et uxorem* y la razon en que se fun-

da la ley, es en que el que renuncia no se hace mas pobre en virtud de la renuncia por no estar aun en tenencia de la cosa, que es lo que se ha pretendido evitar con la prohibicion de la donacion *inter virum et uxorem*, á diferencia de la prohibicion que se le hace al menor por la ley 5.ª, §. *si fundum*, ff. *de rebus eorum*, de repudiar el legado de una cosa inmueble, aunque sea con la autoridad del tutor, sino interviene el decreto del juez, porque al menor no solo se le prohibe el enagenar, sino tambien el no adquirir, Gomez, capítulo 14, número 13 *variarum resolutionum.*

10 Que la muger durante el matrimonio solo tenga el dominio revocablemente, lo persuade el ver que el marido conserva la administracion y libre disposicion para enagenar sin consentimiento de su muger con tal que no lo haga en fraude de la misma, ley 5.ª, lib. 5.º de la Recopilacion.

11 Ni se debe traer á consecuencia para invalidar la renuncia de gananciales entre los consortes el que sea nula la donacion de remision de la deuda hecha por alguno de ellos en favor del otro, pues en este caso el donante pierde de su patrimonio, y se hace mas pobre, que es la razon en que se fundan las leyes para prohibir la donaciones entre los casados, lo que no sucede en el caso de la renuncia de los gananciales, como lo reconoce Palacios Ruvios en la presente ley, y en el §. 47, número 13, rúbrica *de donat. int. v. et u.*, donde refiere un caso práctico que se resolvió en el tribunal, y en el §. 63, número 2.º, confirma lo mismo, y el señor Covarrubias parte 2.ª, *de matrimonio* cap. 7.º, §. 1.º, número 14, donde cita á otros, y la ley 223 de las que llaman de estilo, que es conforme á nuestra ley de Toro.

12 En el tercer caso no puede haber la menor duda, segun Acevedo, número 8.º de la presente ley, de que la renuncia de los gananciales sea válida, pues la hace la muger disuelto el matrimonio por la muerte de su marido, y caso que la muger hiciese dicha renuncia al tiempo de su muerte viviendo su marido, tambien seria válida, porque aun cuando quiera suponerse donacion *inter virum et uxorem*, se confirma esta por la muerte del donante, cap. último *de donationibus inter virum et uxorem*, y la ley 4.ª, tít. 11, partida 4.ª

13 Antes de concluir este Comentario me ha parecido del caso examinar la doctrina del Matienzo en la presente ley, glosa 1.ª, número 6.º, donde pregunta si esta renuncia de los gananciales la podrá hacer alguno de los consortes caso que este tenga acreedores, y resuelve con Covarrubias, parte 2.ª *de sponsalibus*, cap. 7.º, §. 1.º, número 12, que sí, fundándose en las razones que dicho autor espresa; pero á continuacion añade Matienzo que dicha opinion no le parece cierta cuando la renuncia se hace de los gananciales ya adquiridos, especialmente si las deudas se han contraido constante matrimonio, fundándose en que dichas deudas se deben satisfacer de los gananciales ya adquiridos, segun la ley 14, tít. 20, lib. 3.º del fuero real, y la 205 del estilo.

14 Por poco que se reflexione se descubrirá que Matienzo no tuvo fundamento sólido para separarse de la opinion de Covarrubias en el caso espresado, como se persuade por el siguiente raciocinio. En el caso que la muger renuncia de los gananciales adquiridos, ó las deudas contraidas durante el matrimonio superan los gananciales, ó son menores que estos; si lo primero estamos fuera del caso, pues implica que haya gananciales cuando no alcanzan á cubrir las deudas del matrimonio, siendo propiamente gananciales aquellos bienes sobrantes despues de satisfechas las cargas del matrimonio. Si dichas deudas son menores que los gananciales, es falsa la opinion de Matienzo, pues en este caso ningun perjuicio hace la muger á sus acreedores en renunciar de dichos gananciales en favor de su marido, pues supuesto que las deudas han sido contraidas durante el matrimonio quedará el marido obligado á satisfacerlas íntegramente, permaneciendo siempre salvos á la muger los bienes dotales, sin que se les siga ningun perjuicio á los acreedores ascendiendo los gananciales mas que las deudas.

15 Pero demos que la renuncia la haga el marido á favor de su muger, y en este caso tampoco puede tener lugar la opinion de Matienzo, y es la razon porque en virtud de dicha renuncia no podrá obligarse la muger á mas que á satisfacer las deudas á que alcancen los gananciales, y en este caso tiene lugar la distincion puesta arriba en el de la renuncia de la muger, de si las deudas esceden ó no á los gananciales.

16 He propuesto este caso de que el

marido renunciase de los gananciales, siendo la generalidad con que habla Matienzo, pues dice que estén los gananciales en la muger ó en el marido, las deudas contraidas constante matrimonio por alguno de los consortes se deben satisfacer de los bienes comunes, aunque estos bienes los posea el que no contrajo la deuda; de cuyas palabras se colige que constante matrimonio pueden estar en poder de la muger todos los gananciales, y de consiguiente que puede renunciarlos el marido, y que la muger puede contraer deudas en su propio nombre durante el matrimonio, cuya doctrina manifiestamente se opone á nuestras leyes, pues por la presente únicamente se concede á la muger el eximirse de pagar las deudas si renuncia de los gananciales, sin estender esta gracia al marido, y por la 5.ª, tít. 9.º, lib. 5.º de la Recopilacion se concede al marido la administracion, no solo de los gananciales, sino de todos los bienes de su muger, y por la 55 de Toro se le prohibe á esta contratar sin licencia de su marido.

17 El tiempo dentro del cual debe la muger resolverse á aceptar ó repudiar los gananciales quiere Matienzo en la glosa 1.ª, número 8.º, que sea el de cien dias contaderos desde que se le requiera por el juez, el que podrá reducir dicho término si lo tuviese por conveniente, á cuya opinion se refiere Acevedo, número 6.º, sin que despues de la aceptacion ó renuncia le quede á la muger libertad para arrepentirse ó mudar de dictámen, segun Matienzo, número 9.º

18 Otra duda muy principal en la materia es si constante matrimonio podrá la muger renunciar los gananciales en perjuicio de la legítima de sus ascendientes ó descendientes, y parece que no, por lo que resuelve el señor Olea en el tít. 2.º, cuestion 3.ª, número 22 y siguientes, citando varios autores que deberán consultarse para seguridad de esta resolucion.

19 Quien tratando de la cuestion de si alguno de los consortes podrá renunciar de la mitad de los gananciales adquiridos durante el matrimonio en perjuicio de los acreedores, resuelve afirmativamente con tal que se entienda de los gananciales que espera tener, pero no de los ya adquiridos, porque entonces lo haria en perjuicio *in fraude* de los acreedores ó de la legítima de sus ascendientes ó descendientes, segun lo resuelve el P. Sanchez *de matrimonio*, lib. 6.º, disputa 5.ª, donde cita varios autores de la misma opinion.

Ley LXI de Toro; es la 9.ª, título 3.º, libro 5.º de la Recopilacion.

De aqui adelante la muger no se pueda obligar por fiadora de su marido, aunque se diga é alege que se convertió la tal deuda en provecho de la muger; é assi mismo mandamos, que cuando se obligare á mancomun marido, é muger en un contracto ó en diversos, que la muger no sea obligada á cosa alguna, salvo si se provare que se convertió la tal deuda en provecho della, cá estonces mandamos, que por rata del dicho provecho sea obligada, pero si lo que se convertió en provecho de ella fue en las cosas que el marido le era obligado á dar, assi como en vestirla é darle de comer, é las otras cosas necesarias, mandamos que por esto ella no sea obligada á cosa alguna, lo cual todo que dicho es, se entienda sino fuere la dicha fianza ó obligacion á mancomun por maravedis de nuestras rentas, ó pechos, ó derechos dellas.

COMENTARIO

á la ley 61 de Toro.

1 Dispone la presente ley que la muger no pueda ser fiadora de su marido, aunque diga y alegue que se convirtió la deuda en provecho de ella: que cuando se obligaren de mancomum marido y muger en un mismo contrato ó en diversos, la muger no quede obligada á cosa alguna si no se probare que la deuda se convirtió en provecho de la misma, y declara cuándo deberá entenderse que la deuda se convirtió en provecho de la muger, y por último que todo lo dicho se entienda sino fuere la fianza ú obligacion de mancomun por rentas reales, ó pechos ó derechos de ellas. De cada una de estas tres partes trataré con separacion para su mayor claridad, y antes daré una breve y sucinta noticia del senado consulto Veleyano, que prohibió á las mugeres obligarse por deudas agenas, y asimismo de la novela 134 del Emperador Justiniano, cap. 8.º, en que prohibe á las mugeres salir por fiadoras de sus maridos: y notaré la diferencia que se observa entre el senado consulto Veleyano y la novela de Justiniano, á fin de que mas facilmen-

te pueda venirse en conocimiento de si la presente ley deroga en parte ó el todo las anteriores disposiciones, ó se conforma con ellas.

2 Teniendo consideracion los romanos á la facilidad con que las mugeres salian por fiadoras de obligaciones agenas, creyeron que atendida la debilidad de su sexo y á que por las costumbres antigüas no era permitido el que ninguna muger ejerciese oficio civil ó varonil, decretaron por medio del senado consulto Veleyano que las mugeres no pudieran ser fiadoras por otro, ni se diese accion contra ellas. Aunque no tenia efecto la fianza de la muger, no por eso era *ipso jure* nula segun la ley 7.ª y 23, ff. *ad senatum consultum Veleyanum* á no ser que la fianza no se hubiese hecho en un instrumento público, sino en un papel privado, que entonces era *ipso jure* irrita. Lo mismo se dispone en la ley 23, §. último C. *h. t.*, y así al que pedia contra la muger le obstaba la escepcion del senado consulto Veleyano, segun la ley 40, ff. *de conditione in debitis*, la que competia igualmente á sus herederos, fiadores y mandatarios, segun la 8.ª, §. 4.º, ff. *h. t.*

3 Procurando Heinecio fijar la época en que se celebró el senado consulto Veleyano, es de parecer que corresponde al año 763 de la fundacion de Roma, segun manifiesta en el lib. 3.º de las antigüedades romanas, tít. 21, §. 12, y lo mismo repite en el lib. 1.º, cap. 4.º, §. 172 de la historia del derecho civil, y con alguna mas estension en los elementos del derecho civil, segun el órden de las Pandectas, lib. 16, tít. 1.º, nota 1.ª

4 En este lugar se hace cargo de que el jurisconsulto Ulpiano en la 2.ª, ff. *ad senatum consultum Veleyanum*, afirma que primeramente en tiempo del Emperador Augusto, y posteriormente en el de Claudio, se prohibió por sus edictos que las mugeres saliesen fiadoras por sus maridos, y posteriormente por el senado consulto Veleyano se favoreció plenísimamente á todas las mugeres, con lo que manifiesta que la prohibicion de que las mugeres saliesen por fiadoras de sus maridos era anterior al senado consulto Veleyano. Esto no obstante, pretende Heinecio que se equivocó el jurisconsulto Ulpiano, cuando supuso que el senado consulto Veleyano habia sido posterior á los edictos de los Emperadores Augusto y Claudio, lo que hace constar por varios testimonios de la antigüedad que podrán verse en el lugar citado.

5 Todavia cuando fuese cierto que los Emperadores Augusto y Claudio prohibiesen á las mugeres salir fiadoras por sus maridos, y que no se dude que el senado consulto Veleyano en la escepcion que concedió á las mugeres de ser fiadoras por otros estuviese comprendido el caso de que lo fuesen por sus maridos, esto no obstante no fue inútil ni supérflua la disposicion del Emperador Justiniano.

6 Por el senado consulto Veleyano no se anulaba la obligacion que resultaba contra la muger por su intercesion ó fianza, sino que siendo válida se le concedia la escepcion en beneficio del sexo por su imbecilidad y falta de conocimiento; lo contrario sucedia cuando la muger salia fiadora de su marido, en cuyo caso dispensó el Emperador Justiniano que la fianza fuese *ipso jure* nula, segun Heinecio, quien en el lugar arriba citado, §. 206, notando la diferencia que hay entre el senado consulto Veleyano y la novela y auténtica de Justiniano, dice: que por el senado consulto Veleyano se prohibe á la muger salir por fiadora de cualquiera; por la auténtica únicamente por su marido; que la intercesion hecha contra el senado consulto no es *ipso jure* nula; pero cuando se hace contra la auténtica es *ipso jure* írrita: que la intercesion hecha por un estraño convalece reiterándose despues de dos años, y la que se hace por el marido no convalece aunque se repita; que se puede renunciar del senado consulto en juicio y fuera de él, y de la auténtica no se puede renunciar ni aun en juicio.

7 Echo de ver en esta esposicion de Heinecio que no se esplica con la debida propiedad cuando dice que la intercesion hecha contra el senado consulto Veleyano convalece si se repite despues de dos años, pues habiendo sentado que la intercesion (que se ha de suponer que es lo mismo que fianza) contra el senado consulto Veleyano no es *ipso jure* nula, no podia convalecer si se repetia despues de dos años, no siendo conciliable que lo que es válido al principio convalezca con el transcurso del tiempo, y así debió decir que por la intercesion repetida despues de dos años pierde la muger la escepcion que le concedia el senado consulto Veleyano.

8 Con igual impropiedad se esplica Heinecio, cuando á pesar de su mucha cul-

tura y método analítico con que trata las materias legales, afirma que la fianza que da la muger por su marido contra la novela de Justiniano es *ipso jure* nula; lo que no es conciliable con lo que á continuacion dice la misma novela, á saber: que cuando la deuda sobre que recayó la fianza se acredita haberse convertido en utilidad de la muger, queda esta obligada á su satisfacion: y supuesta la nulidad de la fianza, no podia esta revalidarse en el caso que la deuda se hubiera convertido en provecho suyo, siendo bien sabido aquel axioma legal que dice *quod ab initio nullum est, tractu temporis convalescere non potest*, por lo que la diferencia que constituye Heinecio entre la disposicion del senado consulto y de la novela no estriba en que la fianza que prohibe el primero sea válida, y la de la novela nula, sino en que la del senado consulto es válida, háyase convertido ó no la deuda en provecho de la muger, y la de la novela solo en el caso en que la haya resultado utilidad.

9 La razon que pudo mover al Emperador Justiniano para prohibir espresa y determinadamente la fianza que las mugeres hacian por sus maridos, y no creer suficiente la que virtualmente se inclina en la prohibicion general del senado consulto Veleyano, á mi parecer no pudo ser otra que el mayor estímulo que tenian las mugeres para prestar estas fianzas por sus maridos en razon del respeto y subordinacion que les tenian, ó mayor afecto que les profesaban; lo que podia dar ocasion á que degenerasen en unas donaciones paliadas entre marido y muger.

10 Acerca de esto debe notarse que en la ley 1.ª, C. *ne uxor pro marito*, dispusieron los Emperadores Docleciano y Maximiano que si la muger saliese por fiadora de su marido, nada se le pudiese exigir en virtud del senado consulto Veleyano. Lo que prueba que estos Emperadores supusieron que la prohibicion de la fianza de la muger por su marido estaba ya comprendida en la disposicion del senado consulto Veleyano.

11 Sentados estos antecedentes del derecho comun ó romano, entro á esponer la primera parte de la disposicion de la presente ley, que como se ha dicho, se reduce á que la muger no pueda ser fiadora por su marido, aunque se diga y alegue que la deuda se convirtió en provecho de ella; ¿y sucederá lo mismo si prueba y acredita que la deuda se convirtió en utilidad suya? Esta es una duda que me reservo examinarla y resolverla en la segunda parte de la ley por ser lugar mas oportuno.

12 En la segunda parte ordena igualmente que cuando se obligan de mancomun marido y muger, en uno ó en diversos contratos, no quede esta obligada á cosa alguna, á no ser que se haga constar se convirtió la deuda en provecho de la misma, que entonces deberá responder á prorata del provecho ó utilidad que percibió: no debiendo estenderse este provecho á las cosas que el marido estaba obligado á dar á la muger.

13 En esta segunda parte de la ley se contienen tres disposiciones, á saber: una regla, una escepcion y una declaracion. La regla consiste en que la muger que de mancomun se obliga con su marido en uno ó en diversos contratos no quede obligada.

14 A continuacion de esta regla establece la siguiente escepcion, reducida á que si se hace constar que la deuda se convirtió en provecho de la muger, debe responder esta á prorata del provecho ó utilidad que percibió; y para que no se dude cuál haya de ser el provecho que haya de percibir la muger para que quede obligada á satisfacer la deuda á prorata, declara que no deben considerarse como provecho de la muger aquellas cosas que el marido estaba obligado á darle, asi como de vestir y comer y las otras cosas necesarias.

15 Supuesta esta disposicion de la ley, resalta una duda curiosa y delicada, cual es que en dos casos, al parecer iguales y semejantes, la ley establece resoluciones contrarias. Cuando la muger sale fiadora por su marido prohibe que quede obligada, aunque se diga y alegue que de la fianza resultó utilidad á la muger; y por el contrario, si se obliga de mancomun con su marido, y acredita que la deuda se convirtió en provecho de la misma, quiere que quede obligada á su satisfaccion á prorata del beneficio que le resultó.

16 Antonio Gomez, haciéndose cargo de esta duda ó dificultad en el número 2.º del Comentario á esta ley, resuelve que en el caso de que la muger salga por fiadora de su marido, aun cuando alegue y pruebe que el importe ó valor de la deuda se convirtió en provecho ó beneficio de la muger, será nula y sin efecto la fianza de la misma.

17 Para fundar su opinion alega las razones siguientes: primera, que la ley manifiestamente quiso establecer verdadera diferencia entre el caso que la muger salia por fiadora de su marido, y en el que se obligaba juntamente con él, como espresamente lo denotan las palabras de la ley, en las que con separacion hablan de uno y otro caso.

18 La segunda se reduce á que por derecho comun no bastaba la confesion de la muger para probar que el precio ó la deuda se habia convertido en utilidad de la misma si no lo hacia constar debidamente, de que infiere que la presente ley parece aumentó á la disposicion del derecho comun que no bastase la confesion, asercion ó prueba de que el precio ó deuda se habia convertido en utilidad de la muger.

19 Por último, de lo dicho concluye que la presente ley de Toro corrigió á la 14, tít. 20, lib. 3.º del fuero real, por la que se ordena que toda deuda que contrajeren marido y muger de mancomun que la paguen uno y otro, y lo mismo se repite en la 207 de las supuestas leyes de estilo.

20 Matienzo en la ley 9.ª, tít. 3.º, libro 5.º de la Recopilacion, glosa 2.ª, número 3.º, afirma que segun su dictámen, la ley ninguna diferencia establece entre los dos casos que propone, y así en uno y en otro rige la misma disposicion, porque no ve que haya razon de diferencia entre ellos; y pasando á fundar su opinion, dice que las palabras puestas al principio de la ley, en que se espresa que la fianza dada por la muger en favor del marido no valga, aunque se diga ó alegue que la deuda se convirtió en beneficio de la muger, deben entenderse cuando en el contrato ó mismo instrumento de la fianza se afirma este hecho, ó se alega en juicio, porque se presume fraudulenta esta confesion dimanada de miedo ó demasiado amor entre personas tan unidas; y tambien se sospecha que es una donacion que está prohibida entre los consortes.

21 Corrobora esta esposicion valiéndose de las palabras de que usa la ley en el caso de que se obliga el marido y la muger de mancomun, que ordenan y establecen lo mismo, siempre que el hombre y la muger se obligan juntamente *in solidum* en un mismo contrato ó diverso, en cuyo caso dispone que no quedó la muger obligada aunque confiese que se convirtió la deuda en utilidad suya, porque en uno y otro caso debe de contrario probarse que la deuda se convirtió en utilidad de la muger, para que entonces quede obligada á prorata del beneficio que le resulta.

22 Con esta esposicion cree Matienzo no solo haber probado su opinion, sino disuelto tambien las razones en que Gomez apoya la suya; Acevedo en la glosa 2.ª, número 18, se conforma con el dictámen de Matienzo, con la particularidad de alabarse de que mucho antes de que hubiera escrito Matienzo sobre esta ley, ya la habia él dado la misma inteligencia y la tenia escrita, por lo que se alegró el verla apoyada por Matienzo.

23 Si esta alabanza se dirige á apropiarse el concepto de original en la esposicion de esta duda, seguramente se engañó, pues Palacios Ruvios escribió mucho antes que estos dos autores, y manifestó la misma opinion en el número 6.º de la presente ley de Toro.

24 Pasando ahora á esponer mi dictámen en la presente duda, digo que tengo por mas conforme y fundada la opinion de Gomez, como voy á manifestar, debiendo antes advertir que en el legislador deben considerarse dos cualidades en realidad diversas, á saber: la facultad ó potencia, y la voluntad, ó lo que viene á ser lo mismo el poder demandar y la voluntad de hacerlo. No puede dudarse que el legislador tuvo facultad para prohibir que la muger saliese por fiadora de su marido, aun cuando alegase y probase que la deuda del marido, y de que fue fiadora la muger, se habia convertido en utilidad de la misma. La justicia de esta prohibicion podia fundarse en la debilidad del sexo y en el respeto y subordinacion que debia tener á su marido, como superior de la familia y administrador de los bienes de su muger; y con el fin de evitar que con semejantes fianzas se paliasen las donaciones entre marido y muger, reprobadas justamente por derecho.

25 Veamos ahora si el legislador tuvo y manifestó su voluntad en que la muger no quedase obligada por la fianza que habia dado en favor de la deuda contraida por su marido; y oigamos las palabras de que usa la ley, que son las siguientes: "De aqui adelante la muger no se pueda obligar por fiadora de su marido, aunque se diga

y alegue que se convirtió la tal deuda en provecho de la muger." En dichas palabras se establece una regla general acerca de la fianza de las mugeres por las deudas de sus maridos, y se declara inútil é inadmisible la escepcion de decirse y alegarse en juicio, que la deuda de que fue fiadora la muger se convirtió en provecho de la misma: lo que convence hasta la evidencia que el legislador no quiso que en el caso de que la muger fuese fiadora de su marido quedase obligada, aunque alegase en juicio que la deuda se habia convertido en utilidad suya.

26 Matienzo, haciéndose cargo de estas palabras de la ley, *aunque diga y alegue en juicio*, las coarta y restringe al caso en que en el contrato ó en el instrumento de la fianza se diga ó esprese que la deuda se convirtió en utilidad de la muger, lo que no impide pueda probarse que la deuda real y verdaderamente cedió en beneficio de esta, y lo mismo quiere suceda cuando se alega en juicio. Estraña esposicion, á la verdad, suponer que la palabra de la ley, *aunque se diga*, debe entenderse cuando el dicho se hace en el mismo contrato, ó en el instrumento que se otorga de la fianza, sin reflexionar que regularmente era un imposible que al tiempo de otorgar la fianza se pudiera decir con verdad que la deuda se habia convertido en utilidad de la muger; ignorándose el efecto que habia de producir el préstamo ó valor de la deuda, y las palabras, *que alegue en juicio*, las entiende Matienzo cuando no se prueba lo que se alega; ¡ feliz y oportuna advertencia, honorífica á los magistrados ó jurisconsultos que intervinieron en la formacion de la ley! pues supone que estaban en la persuasion de que una mera alegacion en juicio era bastante para dar por cierta la cosa alegada, aunque no se probase, si no se declaraba en la ley lo contrario; y en tal caso deberiamos quedarnos muy agradecidos por el golpe de luz que habian dado á la jurisprudencia con esta doctrina.

27 Siendo tanto mas importante esta advertencia, cuanto en la auténtica espresamente se dice, hablando de la escepcion de haberse convertido la deuda en utilidad de la muger, *nisi manifeste probetur quod pecuniæ in propiam ipsius mulieris utilitatem expensæ sint*, con lo que manifiesta que el Emperador Justiniano no tuvo por bastante el derecho y alegacion en juicio, sino que creyó necesaria la prueba real y verdadera de que la deuda del marido se habia convertido en utilidad de la muger. Lo que persuade que asi como nuestra ley copió y adoptó la regla establecida por el Emperador Justiniano en su novela, copiándola subtancialmente, del mismo modo debe presumirse que nuestra ley con su silencio desaprobó la escepcion que contenia la novela de Justiniano.

28 Podrá por ventura alegarse en favor de la opinion de Matienzo aquel axioma comun que donde se encuentra la misma razon debe ser igual ó semejante la disposicion; y como en el caso en que la muger se obliga de mancomun con su marido, aunque declara inútil la obligacion, admite la escepcion de que sea válida si se acredita que del contrato en que se obligaron de mancomun marido y muger ha resultado utilidad á esta; del mismo modo y por igual razon debe presumirse y suponerse que cuando de la fianza que hace por su marido la muger consta que ha recibido esta provecho, debe ser válida y subsistente.

29 Para satisfacer á esta objeccion, que á primera vista parece algo fundada, debe decirse que la regla ó axioma de que donde milita igual razon debe militar la misma disposicion de derecho, solo tiene lugar cuando en uno de los estremos de la comparacion no hay resolucion espresa: en cuyo caso se le aplica la del otro que la tiene, por presumirse que la razon es igual, lo que en manera alguna puede acomodarse al caso de la disputa, á causa de que asi cuando la muger sale fiadora por su marido, como cuando se obliga de mancomun con él, esplica nuestra ley la resolucion que ha querido rigiese en cada uno de ellos, y de consiguiente no es aplicable la regla que donde milita la misma razon debe regir la misma disposicion de derecho; pues en realidad no vendria á ser otra cosa que derogar la disposicion espresa de la ley en la parte que ordena que no puede la muger ser fiadora por su marido, aunque diga y alegue que la deuda se convirtió en provecho suyo, para aplicar la disposicion que quiso el legislador rigiese en el caso de que la muger se obligase de mancomun con su marido.

30 Todavia se persuade mas la arbitrariedad de estender lo que dispone la ley en el caso que la muger se obliga de mancomun con su marido, al otro en que sale

por fiadora del mismo; pues igualmente podria decirse que asi como en el caso en que la muger sale fiadora por su marido no quiso la ley que la muger quedase obligada, aunque la deuda se convirtiese en provecho suyo, del mismo modo podria decirse que por razon de semejanza tampoco quiso que cuando la muger se obligaba de mancomun con su marido quedase esta obligada, aun cuando la deuda se hubiera convertido en utilidad suya, sin que pueda negarse que si el caso de la fianza es igual y semejante al de la obligacion de mancomun, este debe ser por necesidad igual y semejante á aquel, porque implica que uno sea semejante á otro, y este no lo sea á él.

31 En suma, los dos casos de que habla la ley, ó son semejantes ó diversos y diferentes: si lo primero, se hace forzoso decir que el legislador faltó á las reglas de la razon y de la justicia dando á cada uno disposiciones diferentes; si por el contrario los casos son diversos, no debe aplicarse al uno la resolucion que se dió al otro.

32 En vista de estos antecedentes facilmente se echará de ver la diferencia que media entre la novela de Justiniano y nuestra ley real: por la novela no es *ipso jure* nula la obligacion ó fiaduría de la muger por su marido, sino que permanece en suspenso hasta que se haga constar si la fianza produjo ó no utilidad á la muger, á la manera de lo que sucede en las obligaciones condicionales que permanecen en suspenso hasta que se purifica ó no la condicion con que se contrajeron; no sucede lo mismo por nuestra ley real, la que prohibe y anula la obligacion de la muger como fiadora de su marido, sin admitirle prueba sobre si la fianza cedió ó no en beneficio de la misma.

33 La novela de Justiniano nada dispone acerca del caso en que la muger se obligaba de mancomun con su marido, sin duda porque este caso no pertenecia á la disposicion del senado consulto Veleyano, que solo se limitaba á las obligaciones que las mugeres contraian por deudas agenas, porque no les impedia que en negocios propios pudiesen contratar y obligarse, como se colige de varias leyes ff. C., que se hallan en los respectivos títulos del senado consulto Veleyano.

34 Nuestra ley dispone específica y determinadamente del caso en que la muger se obliga de mancomun con su marido, y ordena que no quede obligada á cosa alguna; pero como á continuacion admite la escepcion de que si se probase que la deuda se convirtió en provecho de la muger fuera válida la obligacion, se infiere claramente que en el espresado caso de haberse obligado la muger de mancomun con su marido, quedaba la obligacion en suspenso hasta que se acreditase si la deuda se habia convertido ó no en provecho de la misma, como se ha dicho en el caso de la novela de Justiniano.

35 De lo dicho se infiere que nuestra ley miró con mas consideracion á las mugeres que el senado consulto Veleyano, el cual no impedia que las mugeres se obligasen de mancomun con sus maridos; pero la ley, sospechando que la obligacion de la muger de mancomun con su marido podia dar ocasion á fráudes con que se ocultasen las donaciones entre marido y muger, no admitió por válida y subsistente la obligacion de la muger de mancomun con su marido, á no ser que se probase que la deuda se convirtió en provecho suyo.

36 Téngase presente que por el senado consulto Veleyano no se prohibia á la muger contratar y obligarse por sí en asuntos pertenecientes á sus intereses, como se advierte en la ley 3.ª, 13, 17 y 21 ff. *ad senat. consult. Velej.*, y otras del códice del mismo título; y lo mismo manifiesta la ley 3.ª del tít. 12 de la partida 5.ª en la 6.ª razon, por la que la muger puede ser fiadora.

37 En el número 4.º de la glosa 2.ª pregunta Matienzo qué utilidad podrá provenir á la muger del contrato de fianza, y responde que si se le ha dado alguna cosa porque le otorgue, en este caso no le aprovecha el beneficio del Veleyano entre los estraños, como se ordena en la ley 24, C. *ad Veley.*; y en la 3.ª, versículo, la 5.ª razon, título 12, partida 5.ª, y concluye que es mejor decir que si el contrato es útil al marido, será consiguientemente útil á la muger, por competirle la mitad de las ganancias lucradas constante matrimonio.

38 Acevedo, haciéndose cargo de la duda de Matienzo y de la doctrina que espende para su resolucion, dice en el mismo número 18, concretándose á las dos razones de Matienzo, que aunque en la primera pueda verificarse utilidad, en la segunda no puede tener lugar á causa de que, aunque por la fianza no quede obligada la

muger, lo estaria por razon de la aceptacion de las ganancias, y asi sería de ningun provecho la segunda utilidad que supone Matienzo. Con lo que pasa Acevedo á proponer otras utilidades que pueden resultar á la muger de su fianza, cuales dice son si por su medio resulta algun provecho á la eviccion é indemnizacion de algunos bienes suyos, bien sean dotales ó parafernales, ó por la fianza concibe mayor esperanza de lucro, como frecuentemente nos enseñará la esperiencia y demostrará el caso que ocurra.

39 Como se ha dicho que en el caso de que la muger salga por fiadora de su marido será nula la fianza, aunque acredite que la deuda se convirtió en utilidad de la misma, tengo por escusado y ocioso detenerme á examinar si las utilidades que suponen Matienzo y Acevedo son reales ó imaginarias.

40 Pero convendrá aclarar este punto para en el caso en que la muger se obliga de mancomun con su marido, en el cual dispone la ley que si la deuda se convirtió en provecho de ella quede obligada á otra tanta parte como importó el beneficio ó provecho.

41 Se deberá entender que la deuda se ha convertido en utilidad de la muger, cuando hallándose una heredad de esta gravada con un censo se redime con el dinero que se ha tomado prestado, ó se invierte en una obra que se hace en finca de la muger para que sea mas fructífera, ó aumente su valor: en cuyos casos á proporcion de la utilidad que haya recibido la muger por la redencion del censo ó construccion de la obra quedará obligada á la satisfaccion: de forma que si todo el valor del débito que contrajeron marido y muger se invirtió en beneficio de una finca de esta, ella sola quedará obligada y responsable á la satisfaccion del débito; sobre lo que puede verse á Ayora, parte 1.ª, capítulo 10 *de partitionibus*, en donde trata de las mejoras hechas en los bienes de los consortes.

42 Puede ser duda para la inteligencia de esta ley si su segunda parte deberá entenderse de cuando la muger se obliga como fiadora de mancomun con su marido, ó se limita precisamente á cuando se obliga como principal.

43 No parece debe estenderse la ley al primer caso, porque acerca de él ya estaba dispuesto en el Veleyano, y de consiguiente no parecia necesaria la disposicion de la ley, pues sino era nula *ipso jure* la fianza de la muger soltera por el Veleyano, sino que le competia la escepcion, con menos razon podia prohibírsele que lo fuera juntamente con su marido, por lo que parece que con precision se ha de decir que habla la ley de cuando se obliga la muger como principal de mancomun con su marido.

44 La tercera parte de la ley contiene una escepcion relativa á las dos partes anteriores de la misma, reducida á que cuando la muger saliese fiadora por su marido por rentas reales, pechos ó derechos de ellas, ó se obligase de mancomun con él, por la misma causa, aunque la deuda no se haya convertido en provecho de la muger, quede obligada á su satisfaccion.

45 La razon de esta escepcion al parecer se funda en la preferencia que debe tener el bien comun y público en concurrencia con el privado y particular.

46 Matienzo en la disposicion á la última parte de esta ley pretende que por ella se corrijió la disposicion del cap. 8.º de la novela 134, en el que despues de ordenar que la muger no pueda ser fiadora de su marido, ni por deuda particular ni pública, admite la escepcion de que se haya convertido la deuda en provecho de la misma; pero esta escepcion que se contiene en la novela de Justiniano, ya se ha hecho constar arriba que la habia derogado la resolucion de la primer parte de esta ley, por lo que debe concluirse que la tercera parte de la misma contiene una mera y pura escepcion de lo dispuesto en la primera, de que la muger no pudiese ser fiadora por su marido, aunque la deuda se hubiera convertido en provecho suyo; y de lo ordenado en la segunda, en que se establece que la muger cuando se obliga de mancomun con su marido no quede obligada, si la deuda no se ha convertido en provecho de ella.

47 Palacios Ruvios en el número 3.º del Comentario á la presente ley propone como una duda curiosa y sutil si la muger con licencia de su marido podrá ser fiadora por este ó por otro tercero; y despues de manifestar que algunos opinaban por la afirmativa, fundados en la ley 3.ª, tit. 20 del lib. 3.º del fuero real, sin embargo es de dictámen que no puede ser fiadora por otro, aunque sea con licencia de su marido,

segun se infiere de la ley 2.ª al fin, y de la 3.ª al principio del tít. 12 de la partida 5.ª, y apoya su opinion con la autoridad de Baldo, porque de un contrato de fiaduría dañoso é inútil no puede seguirse á la muger utilidad alguna sino un daño y perjuicio evidentísimo; de que infiere que la licencia del marido no debe dar vigor y fuerza á esta fianza, y aconseja que se medite el punto.

48 No se conforma con esta opinion de Palacios Ruvios Acevedo, quien al número 13 de la presente ley de Toro, afirma que la muger casada con licencia de su marido podrá ser fiadora por otro tercero, con tal que renuncie del Veleyano, sin que en esto se contravenga á la disposicion de la ley de Toro, que solo la inhabilita para ser fiadora por su marido, y de consiguiente no puede contravenirse á la disposicion de la ley, ni está comprendida en la misma la fianza que la muger dé por otro con licencia de su marido, asi como puede obligarse por sí y contratar mediante la espresada licencia, segun la 55 de Toro y siguientes, por lo que tengo por mas fundada y conforme la opinion de Acevedo.

49 Corrobora esta opinion de Acevedo el que por la ley 14, tít. 20, lib. 3.º del fuero real se permite á la muger casada ser fiadora de otro, con licencia de su marido: estas son las palabras de la ley. "Maguer que muger de su marido no pueda fiar ni facer deuda sin otorgamiento de su marido." La que no está revocada ni por la de Toro, ni aun por las leyes de partida; pues aunque en la 2.ª, tít. 12, partida 5.ª se prohibe á la muger salir por fiadora de otro, en la 3.ª del mismo título le es permitido renunciar el derecho que la ley le concede, como se espresa en la tercera razon que refiere la ley, por la que las mugeres pueden obligarse.

50 Habiendo esplicado y espuesto la inteligencia que debe darse á las diversas partes de la presente ley, parece consiguiente detenerme á examinar si será válida ó no la renuncia que haga la muger del beneficio que por el Veleyano se le concede, antes de entrar á discutir si tendrá lugar la renuncia contra la disposicion de esta ley.

51 Tratando este punto Hugo Donelo en el libro 12, capítulo 32, versículo 4.º de sus comentarios al derecho civil, es de dictámen que la muger no puede renunciar del beneficio que por el Veleyano se le concede, y esceptúa únicamente dos casos que se hallan comprendidos espresamente en la auténtica, *quando mulier tutelæ matri et aviæ*, y en la última, §. penúltimo, ff. *ad senatum consultum Veleyanum*; Vinnio en el libro 1.º de sus cuestiones selectas del derecho, capítulo 48, sigue la opinion de Donelo, la que defiende con mayor empeño y fuerza de razon don José Aberaño en el libro 2.º, capítulo 5.º de sus interpretaciones de derecho, con quien está conforme Gerardo Noods en el comentario al título del senado consulto Veleyano, donde afirma que Aberaño en el lugar citado habia superado á cuantos habian escrito en esta materia, por lo que no tenia nada que añadir á lo dicho por Aberaño.

52 Anteriormente á los autores que quedan citados estableció la misma opinion Antonio Gomez en el tomo II de sus varias resoluciones, capítulo 13, numero 17, §. *sed his non obstantibus*, donde espone las razones en que la funda.

53 No estuvo conforme con la opinion de los autores referidos el señor Covarrubias, quien en la parte 2.ª de la releccion, al capítulo *Quamvis pactum*, *de pactis in* 6.º, §. 3.º, número 8.º, afirma que la muger puede renunciar espresamente en juicio del beneficio del Veleyano si está sabedora de la gracia que por él se le concede, y cita en comprobacion la espresada ley última, §. penúltimo, ff. *ad Veleyanum*, y aun se estiende á decir que segun la costumbre basta la renuncia espresa del Veleyano fuera de juicio, aunque no haya intervenido juramento; pero quien mas esfuerza esta opinion es Antonio Perez en el número 23, tít. 29, C. *ad senatum consultum Veleyanum*, donde alega entre otras razones que siendo el beneficio que se les concede á las madres por dicho senado consulto una escepcion para eximirse de satisfacer la obligacion contraida, asi como tácitamente pueden renunciar de la escepcion no usando de ella, por la misma razon les debe ser permitido renunciarla espresamente.

54 No se opone á esto decir que con la misma facilidad con que se obliga la muger, renunciará del beneficio que se le concede; porque esto no se verifica en la muger que instruida y enterada de su privilegio, especial y espresamente renuncia de él, á mas de que si la muger puede tácitamente renunciar de la escepcion omitiendo el usar de ella, ¿por qué razon no ha de poder

renunciarla por un pacto espreso? Siendo asi que es mayor la eficacia de lo espreso que de lo tácito, y está establecido que á todos es lícito renunciar de lo que se ha establecido en su favor.

55 No se aparta de esta opinion Heineccio en sus elementos del derecho civil, segun el órden de las pandectas, lib. 16, título 1.º, *ad senatum consultum Veleyanum*, §. 203, en donde fundado en que la concesion que se hace á las mugeres por el Veleyano es un privilegio ó beneficio de que cualquiera puede renunciar, afirma que la muger advertida y enterada del beneficio que se le dispensa puede renunciar de él, bien sea en juicio ó fuera de él, y cita la ley última, §. penúltimo, ff. *ad senatum consultum*, la 21, C. del mismo título, y la penúltima, C. *de pactis*.

56 Nuestras leyes de partida, que rara vez se apartan en sus disposiciones de las del derecho civil, en la 3.ª, tít. 12, partida 5.ª, despues de referirse á la anterior, en donde se establece que muger ninguna no pueda entrar fiador por otro, pone varias escepciones en que no tiene lugar esta regla, y la tercera de ellas dice asi: "cuando la muger fuese sabedora é cierta que no podia ni debia entrar fiador, si despues lo ficiese renunciando de su grado é desamparando el derecho que la ley les otorgó á las mugeres en esta razon."

57 Gregorio Lopez en la glosa 6.ª afirma que por derecho comun no habia ley que dispusiese que la muger pudiese renunciar del Veleyano, sino que segun muchos doctores por derecho comun debia decirse lo contrario.

58 Supuesto que por nuestra ley real de partida espresamente se concede á la muger que cerciorada de su derecho pueda renunciar del Veleyano, ya entre nosotros queda disuelta y decidida la presente duda. Febrero en su librería de Escribanos, tomo II, capítulo 4.º, § 5.º, número 125, entre los casos en que admite que la fianza de la muger sea válida, es cuando cerciorada de su derecho renuncia de él voluntariamente.

59 Mayor dificultad ofrece la duda en si podrá la muger renunciar la disposicion de la novela de Justiniano, que prohibe á la muger casada, y de la que se contiene en la primera parte de esta ley, que establece y ordena no pueda la muger ser fiadora de su marido, aunque diga y alegue que la deuda se convirtió en su provecho.

60 Gregorio Lopez en la ley 3.ª de la partida citada, glosa 6.ª, opina que siendo *ipso jure* nula la fianza que hace la muger por su marido en virtud de la novela de Justiniano y de la prohibicion de la presente ley, no basta la simple renuncia para que se convalide y sea válida la obligacion.

61 Matienzo en la glosa 1.ª de la presente ley, y Acevedo en el número 7.º y 8.º de la misma, se conforman en todo con la opinion de Gregorio Lopez. No se aparta de este dictámen Heineccio en el lugar arriba citado del título del ff. *ad senatum consultum Veleyanum*, §. 206, donde afirma que la muger no puede renunciar de la disposicion de la novela aunque sea en juicio.

62 Entrando á examinar la razon en que fundan su opinion los autores citados, á saber, de que siendo nula y de ningun efecto la fianza que hace la muger por su marido, con arreglo á lo dispuesto en la novela y la presente ley, no puede ser bastante la simple renuncia de la muger para que surta efecto la obligacion.

63 Para venir en conocimiento de la solidez del fundamento en que apoyan estos autores su opinion convendrá notar que asi en la disposicion de la novela como la que se contiene en la primera parte de esta ley, admiten los espresados autores que siempre que se acredite que la deuda de que salia fiadora la muger por su marido se convirtió en utilidad de la misma, es válida la fianza, en cuya suposicion deben reconocer que hasta que se verifique el resultado que ha tenido la obligacion del marido no se puede venir en conocimiento de si la deuda se convierte ó no en utilidad de la muger; lo que convence hasta la evidencia que al tiempo en que hizo la muger la fianza no fue esta ni válida ni nula; no fue valida porque no se sabia si se habia de convertir ó resultar beneficio á la muger de la obligacion del marido; tampoco fue nula porque se ignoraba si no habia de percibir la muger provecho alguno de la espresada obligacion; con que es á todas luces claro que al tiempo que se otorgó la fianza por la muger, no fue nula, como suponen estos autores, porque de haberlo sido no podia convalidarse por el resultado de haber sido provechosa á la muger, segun aquel principio indicado arriba, que lo que es nulo al principio no puede revalidarse despues.

64 No habiendo sido nula ni válida la

fianza de la muger al principio, como queda demostrado, es consiguiente que haya participado de la naturaleza de una condicion casual de futuro, la que define Gomez en el primer tomo de sus varias, cap. 12, número 64, diciendo que la condicion *est quidam actus et eventus futurus*, *in quem dispositio confertur validanda vel infirmanda*, en lo que estan conformes los autores que le precedieron como los posteriores, de que infiere que la condicion contingente de futuro no produce ningun efecto de presente sino en esperanza, y cita la ley 37 y siguientes, ff. *de rebus creditis*.

65 No es otra la doctrina del señor Molina, lib. 2.º, cap. 13, número 4.º *de primogenitis*, donde afirma que la condicion suspende el efecto de la disposicion hasta el tiempo en que se verifique su cumplimiento.

66 Lo mismo repite Vazquez Menchaca en sus cuestiones ilustres, cuestion 103, debiendo advertir que no solo hay condiciones espresas, sino tácitas y virtuales, como reconocen los autores citados, de cuya especie es la presente.

67 Mas claro y con mayor concision, la disposicion de la novela y de la primera parte de la ley, ó es absoluta ó no lo es; si se dice lo primero siempre y por siempre ha de subsistir su prohibicion, como se ve en toda ley prohibitiva absoluta, de que puede servir de ejemplo el que no pueda hacer testamento el menor de catorce años ó la menor de doce.

68 Si no es absoluta, precisa y necesariamente ha de ser condicional, y como las condiciones de presente y de pretérito son inútiles, por necesidad ha de ser de futuro, esto es, se ha de referir á un caso ó hecho que se ignora si se verificará ó no, y como toda condicion de un evento casual ó contingente suspende la obligacion hasta que exista ó no el complemento de la condicion ó su defecto, de aqui es que dependiendo la eficacia de la prohibicion en los casos de que vamos hablando, de que se verifique que la deuda del marido porque salió fiadora la muger se haya convertido en utilidad de esta, que es un evento contingente de futuro, necesariamente ha de estar en suspenso la obligacion de la muger, como constantemente sucede en toda obligacion condicional de futuro, y se ha hecho ver arriba con la doctrina de los autores citados, por lo que con necesidad se ha de concluir que es manifiestamente falsa la doctrina de los autores que afirman que la fianza que hace la muger por su marido es nula y de ningun efecto.

69 Toda disposicion que depende de un evento contingente de futuro es condicional, y su validacion está en suspenso, segun la ley 213 *de verborum significatione*, y la 12, tít. 11, partida 5.ª, hasta el complemento ó defecto de la condicion; es asi que la prohibicion de la novela no tiene efecto, segun el Emperador Justiniano, si la obligacion del marido se ha convertido en utilidad de la muger, y lo mismo opinan los autores que se han referido en el caso de que dispone la primera parte de esta ley; con que no queda arbitrio para afirmar que la fianza de la muger, tanto en el caso de la novela como en el de la ley de Toro sea nula, sino que permanece en suspenso, dependiendo su validacion de que se haya convertido ó no en provecho de la misma: esto no impide que muchas obligaciones condicionales se llamen y tengan al principio por nulas, aunque despues aparezca que en realidad han sido válidas, como acontece en las obligaciones que contraen los pupilos sin la autoridad de sus tutores, que se presumen nulas, y sin embargo se da accion civil contra ellos si la obligacion les ha sido lucrosa, como se dispone en la ley 1.ª y 5.ª, §. 1.º, ff. *de autoritate et consensu tutorum*, y otras concordantes; por lo que debe concluirse que por la novela de Justiniano la fianza de la muger por su marido no es *ipso jure* nula, ni tampoco debe serlo, segun los mencionados autores, en el caso de la primera parte de esta ley de Toro, en que admiten que si la fianza se convirtió en provecho de la muger es válida y subsistente.

70 Es innegable que las leyes condicionales, como lo es la de la novela de Justiniano, cuyo concepto se reduce á que sea nula la fianza que otorga la muger por su marido, sino acredita que se ha convertido en provecho de ella, tienen y producen el mismo efecto que los contratos de la misma especie, los cuales permanecen en suspenso hasta que se verifica ó falta la condicion, en cuyo caso son válidos ó nulos, y en este último evento como si nunca hubieran existido, segun se decide en la ley *pecuniam* 36, ff. *si certum petatur*, y por el contrario si se verifica la condicion son válidos y subsistentes, como si al principio se hubieran

contraido pura y simplemente, conforme á la ley 48, §. *si quis*, ff. *de vulgari et pupilari substitutione*, y otras que citan al principio del número 30, de forma que en tanto modo son válidos los espresados contratos verificada la condicion, que su complemento se retrotrae al tiempo en que se celebró el contrato, como espresamente se dispone en la ley 11, versículo *videamus*, ff. *qui poss. in pignoribus habeantur*, por estas palabras: *cum enim semel conditio extitit, per inde habetur, ac si illo tempore quo stipulatio interpossita est, sine conditione facta esset*, como mas latamente puede verse esta doctrina en Antonio Gomez en el libro 2.° de sus varias, cap. 11 *de qualitatibus contractuum*, desde el número 28 hasta el 30 inclusive.

71 Las mismas razones que quedan espuestas para manifestar que por la novela de Justiniano no es írrita y nula *ipso jure* la fianza que la muger hace por su marido, sino que permanece en suspenso hasta que se acredita ó no si se convirtió en provecho de la misma, militan para persuadir que en el caso de la segunda parte de nuestra ley, en que la muger se obliga de mancomun con su marido no es nula la obligacion, sino que permanece en suspenso hasta que se hace constar que la obligacion fue útil y provechosa á la muger. No sucede otro tanto en la primera parte de esta ley, en que se declara nula y de ningun efecto la fianza que da la muger por su marido, sin que se admita prueba sobre si se ha convertido ó no dicha fianza en provecho de la muger, como arriba se ha manifestado.

72 De lo dicho hasta aqui se convence que no siendo *ipso jure* nula la fianza que hace la muger por su marido, en virtud de la novela de Justiniano, ni lo es tampoco la que otorga contra la prohibicion de la primera parte de la presente ley, supuesto haberse manifestado arriba que segun la inteligencia que dan á la disposicion de la primera parte de esta ley Gregorio Lopez, Matienzo y Acevedo, que pretenden que si la fianza produjo utilidad á la muger es válida y subsistente, y de consiguiente no pudo ser nula al principio, falta enteramente el fundamento de su opinion, que no es otro, segun los mismos, que el de ser nula la obligacion que hace la muger contra la prohibicion de la novela y de la presente ley, para que la muger no pueda, por medio de la simple renuncia, hacer válidas las obligaciones que por dichas leyes se le prohibe contraer.

73 Si pues cesa la razon en que los referidos autores fundan su opinion de que la muger no pueda renunciar simplemente de las disposiciones de las espresadas leyes, es claro que nada aprovecha el fundamento ó razon que han alegado en favor de su opinion.

74 Esto no obstante soy de parecer que la muger no puede por la simple renuncia hacer válida y eficaz la fianza que haya dado por su marido contra la prohibicion de la novela y de la presente ley, y me fundo en que la prohibicion de la novela, aunque no es *ipso jure* nula, como se ha manifestado, tiene por objeto precaver el daño ó perjuicio que puede resultar á la muger por la debilidad de su condicion, por el respeto y subordinacion que debe tener á su marido, y por evitar se verifiquen donaciones paliadas de la muger á su marido, prohibidas por derecho.

75 Tampoco puede tener lugar ni efecto la simple renuncia que haga la muger de la prohibicion que se le impone por la primera parte de esta ley, por las mismas razones que quedan espresadas acerca de la prohibicion de la novela de Justiniano, á que se aumenta otra de mayor virtud y eficacia, cual es, que la fianza que prohibe la presente ley que haga la muger por su marido es *ipso jure* nula, como se ha manifestado arriba, y cuando la ley irrita el acto que prohibe é inhabilita á las personas para contraer ú obligarse, no puede bastar la simple renuncia para darle valor y eficacia.

76 Como sucede en la renuncia que hacen los menores de doce años de la restitucion que les concede la ley en los contratos en que han sido perjudicados, ley 16, §. 1.°, ff. *de minoribus*, y la 3.ª C. *de in. restitutione*.

77 Todavia se puede en este caso considerar otra circunstancia que hace sospechar que la renuncia que hace la muger de la disposicion de la ley cuando sale fiadora de su marido, induce sospecha de fraude, pues teniendo un medio fácil y espedito, cual es el que le concede la ley, que es de que obligándose de mancomun con su marido en uno ó en diversos contratos sea válida la obligacion acreditando que se convirtió en provecho de la misma. Omitir este medio que precave todo fraude, y valerse del de la fianza, da un fundamento

harto sospechoso de que lo que se intenta es defraudar la disposicion de la ley.

78 Resta ahora ver lo que deberá decirse acerca de si podrá la muger renunciar simplemente de la prohibicion que le hace la segunda parte de esta ley, de que no pueda obligarse de mancomun con su marido en uno ó en diversos contratos, y que no tenga efecto la obligacion sino acredita que se ha convertido en provecho suyo; y soy de parecer que en tal caso la renuncia, ó será inútil para hacer válido y subsistente el contrato celebrado de mancomun con su marido, ó supérflua y vana, y las razones por qué si la obligacion no ha sido provechosa á la muger está prohibida por la ley, y de consiguiente es nula, y si le ha sido provechosa es vana y supérflua, porque la ley aprueba la obligacion; cuya doctrina dije igualmente para el caso de la novela de Justiniano.

79 Consiguiente á esta duda síguese otra de si la muger podrá renunciar con juramento, asi del beneficio del Veleyano como de la novela de Justiniano y de la presente ley, y debe responderse afirmativamente.

80 En el capítulo 9.º de las decretales *de jure jurando* se espresa el caso en que una muger salió fiadora con su marido de cierta obligacion, corroborándola con el vínculo del juramento; y consultado el Papa Alejandro III si podria compelerse á la muger á cumplir lo prometido, responde que sí, y lo mismo se establece en el 28 del mismo título, donde por punto general se ordena que aquellos contratos que no sean válidos, segun las leyes civiles, otorgados por las mugeres, sean firmes y obligatorios si interviene juramento.

81 No se apartaron de estas disposiciones del derecho canónico nuestras leyes de partida. En la 16, tít. 11, partida 3.ª se ordena que si algun mayor de catorce años y menor de veinte y cinco hiciese algun contrato ó postura, y jurase que no vendria contra ella por razon de ser de menor edad, no podria desatarla despues aunque mostrase que la postura era hecha en daño ó menoscabo suyo. Otro tanto se dispone en la ley 6.ª, tít. 19 de la partida 6.ª, en que hablando de un mozo mayor de catorce años que hubiese hecho bajo juramento una venta, pleito ó postura, dice que no la desataria por razon de su menor edad despues que asi hubiese jurado.

82 Las disposiciones de estas leyes están tomadas de la primera del código *si adversus venditionem*, que es del Emperador Alejandro y de la nueva constitucion del Emperador Federico de Alemania, por otro nombre Barba Roja, que floreció en el siglo XII, y empieza *sacramenta puberum*, sobre cuya esposicion se puede ver al doctor Juan Francisco de Castro en el tomo 2.º, discurso 4.º sobre las leyes, y por ultimo por la ley 12, tít. 1.º, lib. 4.º de la Recopilacion supusieron los señores Reyes católicos que habia contratos que de su naturaleza requieren juramento para su validacion, á saber; compromisos, contratos de dotes, ventas, donaciones y otros semejantes de enagenamientos perpetuos.

83 Epilogando el contenido del Comentario de la presente ley debe decirse que por el senado consulto Veleyano era válida y subsistente la fianza que hacia la muger por un estraño; pero se le concedia la escepcion, con la que se eximia del cumplimiento de la obligacion.

84 Por la novela de Justiniano la fianza que la muger hacia por su marido era nula, si no se habia convertido en utilidad de la misma, y válida si le habia sido provechosa, y de consiguiente la fianza de la muger por su marido estaba en suspenso hasta que se acreditase el éxito que habia tenido.

85 Por la presente ley la fianza de la muger por su marido es *ipso jure* nula porque no permite que se diga y alegue que la deuda se convirtió en provecho de la muger.

86 Cuando esta se obliga de mancomun con su marido, como la presente ley admite que se pueda probar que la deuda se convirtió en provecho de la muger, está en suspenso la obligacion, como se ha dicho en el caso de la novela, hasta que se haga constar si á la muger le ha resultado ó no utilidad.

87 Por último, cuando la muger sale fiadora por su marido, ó se obliga de mancomun con él por el pago de pechos ó derechos reales, queda la muger obligada, sin que se admita discusion ni prueba sobre no haberle resultado utilidad alguna, por cuya disposicion se corrigió y derogó la de la novela, que anulaba la fianza de la muger por su marido aunque fuese por deuda pública.

Ley LXII de Toro; es la 10, título 2.º, lib. 5.º de la Recopilacion.

Ninguna muger por ninguna deuda que no descienda de delicto pueda ser presa ni detenida, si no fuere conoscidamente mala de su persona.

COMENTARIO

á la Ley 62 de Toro.

1 Dispone la presente ley que ninguna muger pueda ser presa por deuda que no descienda de delito, á no ser que manifiestamente sea mala de su cuerpo.

2 Dos son las dudas que se escitan en esta ley: la primera se reduce á si por alguna deuda civil puede ser presa ó detenida la muger: la segunda consiste en si la escepcion que pone la última parte de la ley comprende tanto á las casadas como á las solteras.

3 Antes de examinar dichas dudas se debe notar que esta ley es derogatoria del derecho civil en dos puntos, á saber; en que la muger puede ser presa por deuda que descienda de delito, y tambien por la que provenga de causa civil, con tal que sea conocidamente mala de su cuerpo.

4 Ni en uno ni otro caso podia ser presa la muger por derecho civil, conforme á la auténtica *hodie*, C. *de custodia reorum*, en la que dispuso el Emperador Justiniano que la muger no pudiese ser presa por deuda privada ni del fisco, ni por delito, á no ser que fuera de los muy graves, que en tal caso deberá cerrarse en un monasterio ó entregarse á otras mugeres que la guarden. En cuanto á la primer duda digo que por ninguna deuda civil puede ser presa ni detenida la muger, no concurriendo en ella la cualidad de ser conocidamente mala de su cuerpo, que es la única escepcion que pone la presente ley á la regla que establece.

5 De esta duda resalta otra que es consiguiente, y se reduce á si la muger podrá renunciar del beneficio de esta ley: Antonio Gomez al número 2.º afirma que la muger en cualidad de tutora ó curadora de sus hijos, renunciando del senado Veleyano y de todo el auxilio de las leyes, puede ser presa: Gregorio Lopez es del mismo sentir en la ley 3.ª, tít. 7.º, partida 3.ª, glosa personalmente, y Palacios Ruvios en esta ley, número 3.º

6 Matienzo en la glosa 1.ª, número 3.º á esta ley; Acevedo en el número 6.º y siguientes, y Covarrubias *var. resol.*, lib. 2.º, cap. 1.º, número 3.º, y en la parte 2.ª de la reeleccion, *quamvis pact. in principio*, número 24, defienden que sin embargo de cualesquiera renuncias que haga la muger tutora ó curadora de sus hijos, no puede ser presa por razon de la deuda originada de la tutela, fundados en que la muger aun despues de cualquiera renuncia que haga le compete el privilegio de no poder ser convenida en mas de lo que puede, segun confiesa Bartolo, que es de la opinion contraria, contra quien arguye Covarrubias en la primera cita, diciendo, ó la muger tiene bienes ó no: si lo primero, los bienes son los que se han de asegurar, no su persona: si lo segundo, en virtud del privilegio está libre de ser presa. Que á la muger le competa este privilegio lo acreditan entre otras la ley 17, ff. *de re judicata*, y la 14, §. *eleganter*, ff. *de soluto matrimonio*, y la 1.ª, tít. 15, partida 5.ª, el que se le concede á la muger respecto de sus hijos, y al marido respecto de su muger, por razon de la reverencia, amor y piedad que les es debida, lo que hace que este beneficio no se pueda renunciar, como espresamente lo dispone la ley 14, ff. *de soluto matrimonio*, por ser contra las buenas costumbres y reverencia debida á esta clase de personas, y asi lo reconoce Covarrubias en la parte 2.ª de la reeleccion citada, número 24.

7 Siguiendo la opinion de Covarrubias, como mas conforme á derecho digo, resolviendo la duda propuesta, que la muger soltera que renuncie del beneficio del Veleyano, renovado por las leyes 2.ª y 3.ª, título 13, partida 5.ª, y de la presente ley, podrá ser presa por deuda, por no haber razon alguna que impida que esta renuncia sea válida; pero siendo casada la muger, ademas de la licencia del marido para obligarse, será necesario su consentimiento, á fin de que la renuncia de la presente ley pueda tener efecto; no debiendo ser el marido menos atendido en la persona de su muger que en los bienes de esta, me ha parecido hacer mencion aqui de la cuestion que propone Acevedo al número 11 de esta ley, reducida á si la muger deudora gozará de su privilegio de no poder ser presa contra su acreedor, y aunque resuelve que

si no creo hubiese razon que pudiese hacer dudosa esta resolucion, pues la duda solo podia recaer acerca de si la actora podia gozar de su privilegio, pidiendo contra otra igualmente privilegiada, y aun en tal caso era ociosa la cuestion, pues no siendo el privilegio que por esta ley se les concede á las mugeres el de poder reducir á prision á sus deudores, sino el de no poder ellas ser presas, vendria á reducirse la deuda á si la muger que no puede ser presa por esta ley podia usar de este privilegio cuando pedia contra otra muger.

8 Por lo que hace á la segunda duda que se suscita de las palabras de la última parte de la ley, Covarrubias en la parte 2.ª *de sponsalibus*, cap. 8.º, §. 11, número último; Matienzo, glosa 4.ª, número 4.º, y Acevedo, numero 32, defienden que la presente ley únicamente se ha de entender de las mugeres solteras que viven lujuriosamente, sin que comprenda á las casadas. El fundamento de esta opinion lo toman de la prohibicion que se impone por la ley real, de que nadie pueda acusar á la muger de adulterio sino su marido, de que infieren que si á la muger casada que vive deshonestamente se la privara del privilegio de no poder ser presa por deuda, se haria injuria al matrimonio, admitiendo únicamente la escepcion de que el marido sea sabedor de la desenvoltura de su muger.

9 Gregorio Lopez en la glosa 2.ª á la ley 3.ª, tít. 7.º, partida 3.ª, se inclina á que la muger casada para gozar del privilegio de la presente ley ha de vivir honestamente, fundándose en que dicha ley de partida tanto exige en las casadas como en las solteras la cualidad de honestidad para no poder ser precisadas á comparecer personalmente ante el juez, pero prescindiendo de si del caso de la exencion de comparecer personalmente ante el juez rige la paridad para el privilegio de nuestra ley, digo, que en mi dictámen, y sin perjuicio de la autoridad que se merecen los autores citados, la disposicion de la presente ley comprende no menos á las mugeres casadas que á las solteras, y me fundo para opinar asi, en que la ley para privar á las mugeres del beneficio de no poder ser presas por deuda, exige que pública y conocidamente sean malas de su cuerpo, y en tal caso no debe aprovechar á la muger casada el matrimonio para gozar del beneficio de esta ley, sin que por esto se siga injuria al matrimonio, ni se contravenga á la ley real, que prohibe acusar de adulterio á la muger casada á todo otro que su marido, como lo persuaden los fundamentos que se esponen en la ley 80 de Toro, donde afirmo que el juez de oficio puede proceder contra la muger casada por razon de escándalo, y si el escándalo es justa causa de proceder contra una muger casada á fin de corregirla, no alcanzo cómo podrá pretender gozar del beneficio de la presente ley la que conocidamente es mala de su cuerpo, que en realidad no es otra cosa que ser escandalosa públicamente, por lo que precediendo informacion jurídica del escándalo, no menos podrá el juez privarla del beneficio de esta ley, que tomar cualquiera providencia para corregirla.

Ley LXIII de Toro; es la 6.ª, tít. 15, lib. 4.º de la Recopilacion.

El derecho de ejecutar por obligacion personal se prescriba por diez años, é la accion personal y la ejecutoria dada sobre ello, se prescriba por veinte años y no menos; pero donde en la obligacion hay hipoteca, ó donde la obligacion es mixta, personal é real, la deuda se prescriba por treinta años y no menos.

COMENTARIO

á la Ley 63 *de Toro.*

1 Dispone la presente ley que el derecho de ejecutar en virtud de accion personal se prescriba por el transcurso de diez años, y esta y la ejecutoria dada de resultas de ella no se prescriba por menos tiempo de veinte años, y que cuando en la obligacion hay hipoteca, ó es mixta de personal y real, la deuda se prescriba por treinta años no menos.

2 Habiendo de tratar con separacion de los puntos sobre que recae la decision de esta ley, se debe decir que en la parte que establece que el derecho de ejecutar por obligacion personal se prescriba por diez años es correctoria del derecho civil, que disponia que el derecho ejecutivo durase por treinta años, á causa de que la ejecucion dimanaba del oficio noble del juez, segun la ley 15, ff. *de re judicata*, y el oficio del juez en las causas civiles no se prescribia por menos tiempo que el de treinta años, segun Gomez en el número 1.º, y

Acevedo en igual número á esta ley, del mismo modo que las acciones personales, las cuales no se prescribian sino por el transcurso de treinta años, como se dispone en la ley 1.ª y 3.ª, C. *de prescriptionib. triginta vel quadraginta annor.* Del mismo dictámen es Carlebal título 3.º, disputacion 4.ª, número 15 *de judiciis.*

3 La doctrina de estos autores no parece adaptable al presente caso, porque el derecho de ejecutar la sentencia de que habla la ley 15 es y se entiende de la jurisdiccion que competia al juez para hacerla ejecutar, á diferencia del juez pedáneo, que no tenia facultad para mandar ejecutar la suya, y asi debia el acreedor acudir al juez que ejercia jurisdiccion, que es lo que se llama oficio noble.

4 El juez á quien competia el oficio noble, si habia pasado el tiempo que prescribian las leyes para que el deudor satisfaciese el crédito, cuyo tiempo, segun Cujacio en el título C. *de executione rei judicatæ*, era de treinta dias por la ley de las doce tablas, el que despues estendió Justiniano á cuatro meses por las leyes 2.ª y 3.ª, C. *de usu rei judicatæ*, en uso de su jurisdicion hacia llevar á efecto su sentencia, pero la presente ley habla de otro derecho diverso, cual es el que corresponde al acreedor en virtud de la sentencia, ó cualquiera otra obligacion para pedir la ejecucion contra su deudor.

5 Para dar mayor claridad á la esposicion de esta ley, cuya decision es de las mas implicadas y dificiles de comprender, se hace preciso manifestar lo que disponia el derecho civil acerca de la duracion que tenian las diversas especies de acciones, por lo que Justiniano en sus instituciones dedicó un título para tratar de esta materia, el que se halla en el lib 4.º, tít. 12, que tiene por epigrafe "de las perpetuas y temporales acciones que competen á los herederos, y se dan contra ellos", y en el párrafo inicial advierte que aquellas acciones que provenian de la ley senado consulto ó constituciones de los Príncipes, eran al principio perpetuas, porque siendo perpetua su fuerza y observancia, era consiguiente que las acciones que nacian de ellas no se terminasen y perdiesen por ningun transcurso de tiempo, y que aquellas que dimanaban al fin de un año, aunque algunas de ellas tambien se decian perpetuas era en el sentido que voy á manifestar. No teniendo por conveniente los Emperadores que las acciones perpetuas lo fuesen en el rigoroso significado de la voz, pasaron á fijarles tiempo en que pudieran terminarse y concluirse por medio de la prescripcion ó usucapion.

6 Las acciones podian ser reales y personales y mixtas; las reales si eran de cosa mueble se prescribian por tres años, si de inmueble por diez años entre presentes, y veinte entre ausentes, ley única C. *de usucapione transferenda*; las personales necesitaban treinta años para su prescripcion, y entonces se decian perpetuas, ley 3.ª, C. *de prescriptionib. triginta annorum.* Las hipotecarias seguian la misma regla que las reales de diez, y veinte años, ley 1.ª, §. 2.º C. *si advers. creditorum*, á no ser que la hipoteca la poseyera un tercero con mala fé, que entonces necesitaban de treinta años, ley 7.ª al principio, C. *de prescriptionib. triginta annorum.* Las acciones mixtas de reales y personales de que habla el §. 20, lib. 4.º, tít. 6.º, *institutionum*, duran treinta años, ley 7.ª, C. *de petitione hereditatis*, ley 3.ª, *in quibus causis cessat long. temp. prescript.*; estas son reglas generales que admiten varias escepciones, de que hacen mencion los autores; los mismos periodos de tiempos señalan las leyes de partida para la duracion de las acciones: en la partida 3.ª, tít. 29, ley 9.ª se ordena que los bienes raices se puedan prescribir por diez años entre presentes, y veinte entre ausentes, y en la 22 que los derechos y acciones personales se prescriban por treinta años, y en la ley 21 se admite la prescripcion de treinta años contra los bienes raices, aun cuando vaya acompañada de mala fé, y aunque espresamente no se dispone de las acciones mixtas, participando estas de la naturaleza de las acciones personales, no se debian prescribir por menor tiempo que estas.

7 Se desea saber la causa de que las acciones reales se prescriban por menor espacio de tiempo que las personales, y segun Cujacio en el tít. 37 del lib. 7.º del código no es otra sino porque contra accion real se usa y está en posesion de la cosa corporal ó raiz que se ha de prescribir, lo que no sucede en la accion personal, á causa de que el deudor, que es el que la ha de prescribir, ningun uso ni ejercicio hace contra la accion del acreedor, y asi no es estraño que se necesite mayor espacio de tiempo en esta que en aquella.

8 Antonio Perez en el lib. 7.º, tít. 34, C. *de quibus causis cessat long. tempor. prescriptio*, coincide con la razon de Cujacio, y asi dice que el prescribirse por menos tiempo las acciones reales que las personales, consiste en que en las reales se castiga la negligencia del verdadero dueño, y se favorece al que prescribe, que por legítimo tiempo poseyó la cosa, y en las personales no se atiende al hecho del que posée, sino á la negligencia del que no ha usado de su derecho.

9 En este estado se conservaba el derecho de prescribir por las leyes civiles y reales, cuando el Rey don Alonso XI en la ley 2.ª del tít. 9.º de las prescripciones de su ordenamiento de Alcalá, dispuso que el que tuviese alguna demanda contra otro, bien fuese con carta ó sin ella, y no la demandere en juicio hasta diez años desde que fue cumplido el plazo para la satisfaccion de la deuda, pierda el derecho de poner la demanda, y no sea oido en adelante. Por la disposicion de esta ley se hecha de ver que los plazos que regian por la ley de partida de treinta años para prescribir las acciones personales, los redujo don Alonso al de diez. El Rey don Enrique II ordenó que prescripto el contrato por el transcurso de diez años ninguna entrega ni ejecucion se pueda hacer por tal deuda hasta que el deudor sea emplazado y oido, cuya ley se halla en la 4.ª, tít. 13, lib. 3.º del ordenamiento real, y lo mismo se supone en el epígrafe de dicha ley que ordenó el Rey don Juan el II. Es digna de consideracion la distincion que por primera vez se hace en esta ley entre la prescripcion del contrato por el transcurso de diez años, y el derecho que supone en el deudor para no sufrir ejecucion sobre pago de la deuda, hasta ser emplazado y oido.

10 Queriendo el señor Covarrubias en la parte 2.ª de la relacion C. *posses.*, §. 11, número 2.º, conciliar la disposicion de estas leyes, afirma que la ley del Rey don Alonso se ha de entender que habla del derecho de ejecucion sumaria, y la de don Enrique de la accion personal, que aun permanece salva, y á pesar de esto, reconoce á continuacion que la interpretacion que acaba de dar no disuelve la dificultad, por que la ley de don Alonso espresamente dispone que pasado el primer decenio se estinga la accion personal, porque trata dicha ley igualmente de la accion personal que proviene de algun contrato en que no ha intervenido instrumento público, como de aquella que trae aparejada la ejecucion en virtud de algun instrumento público, lo que es tan cierto que aun cuando hubiera omitido hacer esta reflexion el señor Covarrubias, la misma ley la manifestaba en términos espresos estendiendo su disposicion á la accion ó demanda que alguno pone contra otro, que provenga de carta ó sin carta, lo que hace demostrable que la ley del Rey don Alonso comprendió en su disposicion tanto la accion personal simple como la que trae aparejada ejecucion, cual es la que proviene de carta, que es un instrumento cuarenticio.

11 No era ciertamente de esperar de un hombre tan sabio é instruido en la jurisprudencia, y por otra parte tan juicioso como en realidad lo era el señor Covarrubias, á quien llama Grocio en el lib. 2.º, cap. 4.º, §. 10, número 3.º, *de jure belli et pacis*, *summi judicii jurisconsultus*, se detuviese á proponer una conciliacion que la resistian las mismas palabras de la ley que intentaba esplicar.

12 No contento con ella se propone buscar una nueva conciliacion de las referidas leyes, supuesto que la primera ni era adecuada ni admisible, y dice que se puede responder que la accion personal simple que no viene acompañada del derecho de ejecucion sumaria se estingue y acaba por el transcurso de diez años, pero si trae consigo el derecho de ejecucion, se estinguirá este transcurridos que sean los diez primeros años, pero permanecerá viva y salva por otros diez años, de que infiere y deduce que la ley del Rey don Alonso cuando dispone que la accion personal y el derecho de ejecucion se estinga por el primer decenio, se ha de entender del caso de que la accion personal es simple y no trae aparejada ejecucion, pero que no sucede lo mismo cuando la accion personal lleva consigo el derecho de ejecucion sumaria, porque entonces por el primer decenio se acaba y estingue el derecho de ejecucion en virtud de la decision de la ley del Rey don Alonso, pero permanece salva, y en su vigor y fuerza la accion personal por otro decenio, como se prueba por la ley de don Enrique, y concluye dando por fundamento de esta esposicion que si se estinguía la accion personal en los diez

primeros años y por él mismo tiempo se acababa dicha accion personal acompañada del derecho de ejecutar, se contravendria á la mente del Rey don Enrique y don Alonso, manifestada en dichas leyes.

13 . Esta segunda esposicion que acabo de referir del señor Covarrubias adolece del mismo ó igual vicio que la primera: si la ley del Rey don Alonso espresa y literalmente señala y fija el mismo periodo de tiempo de diez años para la prescripcion de la accion personal simple y de la que trae aparejada ejecucion, declarándolo con la espresion de que provenga de carta ó sin ella, ¿en qué juicio cabe afirmar que dicha ley se contrae al caso de que la accion personal es simple y no trae aparejada ejecucion?

14 No es mas sólida la razon en que funda esta esposicion, alegando que sí alguno dijera que indistintamente se estinguía por el mismo periodo de tiempo la accion personal simple que la que trae aparejada ejecucion, contravendria á la mente del Rey don Alonso y don Enrique en las citadas leyes. Siendo estas leyes subcesivas y de distintos Soberanos, no hay necesidad de que guarden uniformidad en sus disposiciones, por ser bien sabido y constante que las leyes posteriores derogan á las anteriores cuando son contrarias á esta; en la misma materia tenemos un ejemplo bien claro de esta verdad: por la ley de partida que se ha citado arriba se necesitaban treinta años para prescribir la accion personal, y por la ley del Rey don Alonso se limitó este espacio de tiempo al de diez, y en estas cincunstancias ¿no seria inútil y ocioso emplear el tiempo en conciliar estas leyes inventando diferencias que no se hallan en ellas? ¿Pues por qué no lo ha de ser igualmente ocioso el que se gasta en procurar conciliar las leyes de don Alonso y don Enrique estableciendo una diferencia que escluyen sus palabras?

15 Mas fácil, sencilla y sólida le hubiera sido al señor Covarrubias la esposicion de estas leyes habiéndose limitado á decir que la de don Enrique confirmó la disposicion del Rey don Alonso en cuanto á que cuando venia inherente á la accion personal el derecho de ejecutar, se prescribiese este por el transcurso de los diez años, y aumentó que en este caso, no obstante de haberse prescripto el derecho de ejecutar, quedase libre y espedita la misma accion personal al acreedor para que usase de ella en juicio ordinario contra su deudor.

16 Mas juiciosamente procedió en este punto Parladorio, que en el citado lib. 1.º, capítulo 1.º, §. 12, número 1.º, *rerum quotidianarum*, se abstiene de tratar de la conciliacion de las leyes de don Alonso y don Enrique, porque observando que no se han trasladado á la Recopilacion, infiere que estan derogadas por la presente ley de Toro.

17 Esto asi supuesto, entremos á examinar separadamente cada una de las partes de la disposicion de la presente ley; ordena esta en la primera que el derecho de ejecutar dimanante de accion personal se prescriba por el espacio de diez años. Conviene tener presente que por la ley que se ha citado del Rey don Alonso XI no se reconocia diferencia para la prescripcion entre la accion simple personal y la que viniese acompañada de carta: que su hijo el Rey don Enrique dispuso que prescripto el contrato por el transcurso de diez años, ninguna entrega ó ejecucion se pueda por la deuda, hasta que el deudor sea emplazado y oido, y como por estas palabras no se limita ni señala el tiempo en que debia hacerse el emplazamiento, es de presumir que este se estendia al prescripto por la ley de partida, que hemos visto era de treinta años. En este estado se formó la ley de Toro que dispuso lo que queda sentado, y para su mayor inteligencia se hace indispensable manifestar los medios ó modos con que se adquiere el derecho ejecutivo, el tiempo en que puede hacerse su adquisicion, y á cuántos se estiende su duracion.

18 El derecho ejecutivo se adquiere por varios modos; como lo manifiesta el autor de la Curia filípica en su segunda parte del juicio ejecutivo, á saber: rescripto, cosa juzgada, cuentas, confesion, conocimiento, é instrumento y liquidacion. Tambien se ha de esponer que toda accion civil personal regularmente se produce al mismo tiempo que la natural, y que en unos casos el derecho ejecutivo nace con las acciones á que acompaña, y en otros sobreviene y se une á las que ya existian. Del derecho ejecutivo que nace con la accion no puede caber duda de que empieza á correr la prescripcion contra él desde el tiempo de su nacimiento; en los otros casos en que sobreviene y se une á la accion puede suscitarse la duda de si tendrá lugar su ad-

quisicion en cualquier parte del tiempo que dura la accion y antes de prescribirse esta, y el efecto que producirá.

19 Como los dos casos mas frecuentes en que sobreviene el derecho ejecutivo á la accion personal son el del conocimiento reconocido ante juez competente, y la confesion de la parte ejecutada en juicio antes ó despues de la contestacion, entraré á examinar las dudas que han formado nuestros mas sabios jurisconsultos sobre estos dos puntos, y sentado el principio de que el conocimiento reconocido era ya ejecutivo por la ley 109, tít. 18, partida 3.ª, que se renovó por la ley 5.ª, tít. 21, lib. 4.º de la Recopilacion, paso á proponer la opinion del señor Larrea en la decision 49, y de Acevedo en la presente ley de Toro, quienes defienden que los diez años para prescribir el derecho ejecutivo en los papeles simples reconocidos, empiezan á correr desde el dia de la obligacion, y no del reconocimiento, de que infieren que si pasados los diez primeros años *à die obligationis*, se hace el reconocimiento, nada aprovecha este para pedir la ejecucion, por estar ya prescripto el derecho ejecutivo, y asi deberá pedir el acreedor por la via ordinaria.

20 Las razones en que funda su opinion el señor Larrea las refiere desde el número 7.º, y propone por primera que la ley de Toro limita á solo diez años el derecho de ejecutar, y si este empezara á correr desde el dia del reconocimiento del vale, estaria en el arbitrio del acreedor, dilatando el pedir el reconocimiento, el prolongar el derecho de ejecutar, como si lo pidiera pasados quince años de contraida la obligacion ó de la fecha del vale, en cuyo caso se seguiria el absurdo que prescribiéndose la accion personal por veinte años, segun la ley de Toro, permaneceria aun el derecho ejecutivo hasta los veinte y cinco habiendo empezado á correr desde el año quince.

21 Es tan sutil este argumento, que causa admiracion sea parto del juicio del señor Larrea. Es enteramente falso que el decenio para prescribir el derecho ejecutivo sea mas largo ó se estienda á mas cuando empieza á correr desde el reconocimiento que cuando principia desde el dia de la obligacion, pues tanto dura en un caso como en otro, á saber: los diez años que prescribe y señala la ley sin otra diferencia que la de empezar antes ó despues á contarse el decenio.

22 Ni puede reputarse por absurdo el que pretende deducir el señor Larrea de que pedido el reconocimiento del vale á los quince años de contraida la obligacion, se seguiria que estando prescripta la obligacion á los veinte años, durará aun el derecho de ejecutar, porque infiere que pedido el reconocimiento á los quince años, pueda considerarse prescripta la obligacion á los veinte, habiéndose interrumpido la prescripcion de la accion principal por solo el hecho de haber pedido el reconocimiento, pues es principio indudable que por la interpelacion del acreedor se interrumpe la prescripcion. De que se ve que está tan distante de ser absurdo el que intenta persuadir el señor Larrea, que antes bien se debe graduar de tal la consecuencia que infiere.

23 El segundo fundamento que propone al número 8.º se reduce á que seria de mejor condicion el papel privado que la escritura pública, porque en esta inmediatamente desde su otorgamiento empieza á correr el decenio en que puede usarse del derecho ejecutivo, y en aquel empezaria despues de los quince años de nacida la obligacion principal, si entonces se pedia y hacia el reconocimiento, el cual ningun efecto produciria en cuanto á poder usar de la ejecucion contra el deudor, porque el derecho ejecutivo proviene de los instrumentos, y estando prescripto por el lapso del decenio, aunque confiese el deudor y reconozca en juicio como se refiere al instrumento, no debe darse mas fuerza al reconocimiento como á término referente que al instrumento, que es á quien se hace la relacion como á término relato. Corrobora esto mismo con doctrinas comunes del referente y el relato, y son otras alusivas á que el que no puede ser reconvenido, no se perjudica reconociendo lo que no le pueden pedir.

24 Tambien claudica en este argumento el juicio del señor Larrea, porque por el mismo hecho de nacer inmediatamente el derecho de ejecutar de la escritura pública sin necesitar del reconocimiento del deudor, se convence que es de mejor condicion que el papel privado, el cual por sí solo no atribuye el derecho ejecutivo sino concurriendo el reconocimiento, y como este depende del deudor, de aqui es que no

solo no produce derecho ejecutivo el papel privado, sino que ni el acreedor tiene facultad para hacerlo nacer independiente del deudor: resulta, pues, de lo dicho que el instrumento ó escritura pública atribuye un derecho ejecutivo absoluto é independiente del deudor, y el papel privado no produce derecho alguno ejecutivo por sí, sino únicamente la facultad en el acreedor de poder hacer que nazca el derecho ejecutivo cooperando el deudor con su conocimiento.

25 Que el derecho ejecutivo pueda nacer del papel privado si á los quince años se verifica el reconocimiento del deudor no prueba que sea de mejor condicion el papel privado que la escritura pública, pues como se ha hecho ver, de esta nace un derecho ejecutivo absoluto y seguro, y de aquel un derecho ejecutivo, condicional y contingente, con dependencia de la voluntad del deudor, ni el empezar mas tarde á correr el derecho ejecutivo que nace del reconocimiento del papel privado despues de los quince años, que el que produce el instrumento público, se puede reputar por ventaja, porque despues de nacido no es mas larga la duracion del uno que la del otro, á la manera que no se diria que uno que habia vivido igual número de años que otro que murió cuando nació aquel, que habia gozado de mas larga vida.

26 La razon en que se funda para decir que del reconocimiento hecho á los quince años de contraida la obligacion no naceria derecho ejecutivo, porque en tal caso el reconocimiento se referiria á un instrumento prescripto, y el referente no puede tener mas fuerza que el relato, es tan poco convincente, que supone lo mismo que se disputa, pues ni la obligacion contenida en un papel privado se prescribe á los quince años, ni el papel ó instrumento está prescripto á ese tiempo en cuanto al derecho ejecutivo, que aun no ha principiado, porque lo que no es no puede prescribirse, así como el que no ha vivido no puede morir. Es, pues, importuna la doctrina de la relacion que el referente tiene con el relato, cuando no se ha probado que el relato ó instrumento privado se halle prescripto por el transcurso del decenio.

27 De otro fundamento se vale el señor Larrea en el número 14 para confirmar su opinion, reducido á que el reconocimiento del papel privado se retrotrae al tiempo de su otorgamiento, como sucede en las estipulaciones, segun la ley 78 *de verborum obligationibus*, la 144 *de regulis juris*, y otras que dicen *instipulationibus id tempus spectatur quo contrahimur*. De que infiere que el derecho ejecutivo que nace del reconocimiento se ha de retrotraer al tiempo de la obligacion, y de consiguiente deberá estar prescripto pasados los diez años.

28 A esto digo que la retrotraccion en las estipulaciones se ha de entender cuando son condicionales, como lo manifiesta el caso que se propone en la ley citada 78, ni podia ser otra cosa, porque en una estipulacion absoluta era no solo inútil la retrotraccion, sino absurda, pues no podia esperarse el evento de ninguna condicion que convalidase la estipulacion.

29 Lo contrario sucede en el caso de la disputa. La obligacion es absoluta sin depender de condicion alguna para su firmeza y validacion, pues el reconocimiento no se requiere ni dirije á la subsistencia de la obligacion principal, contra la cual se puede pedir por la via ordinaria, aunque falte el reconocimiento, sino para proceder ejecutivamente, que es decir que por el reconocimiento no nace obligacion que no existe antes, sino únicamente se varía el modo y forma con que ha de pedir el acreedor.

30 Para convencimiento de lo que dejo espuesto basta reflexionar lo que sucede en el caso que el deudor confiesa la deuda. Esta confesion no produce nueva obligacion sino reconoce la antigua, sin que haya pensado el señor Larrea decir que por referirse la confesion del deudor á la obligacion principal se ha de retrotraer el derecho ejecutivo que nace de la confesion al tiempo que tuvo principio la obligacion.

31 Intenta satisfacer en el mismo número á la objecion que podria hacerse de que para que tenga lugar la prescripcion del derecho ejecutivo, deberia este estar perfecto y consumado, lo que no sucede por faltarle el reconocimiento, y dice que habiendo estado en la potestad del acreedor haber formado el derecho ejecutivo, pidiendo desde el principio el reconocimiento, debe imputársele esta omision, y tendrá que sufrir la prescripcion, la que corre contra el impedido, siempre que este fuese negligente en remover el impedimento. Si fuera esto cierto se seguiria que cuando el acree-

dor pide el reconocimiento dentro de los diez años, y lo niega el deudor, deberia prorogarse por otros diez el poder pedir el reconocimiento, pues el acreedor no fue negligente, y cita en comprobacion la ley 50, ff. *de contrahent.*, que dice: *et per me stet quominus id à campanis impetrem, non esse dubitandum, quin prescriptis verbis agi possit.*, y la ley 4.ª, ff. *de quibus ad libert: proclam. non licet*, en la que tratando de una cosa tan favorable como la libertad, se da por razon para denegar la libertad al siervo que compitiéndole la libertad fideicomisaria, sufre ó disimula ser vendido, sin hacer presente al comprador su condicion: *cum in sua potestate habeat ut statim ad libertatem perveniat*, y al fin de la misma contrayéndose al caso dice: *sed in proposito magis probandum est, ut denegetur à libertatis petitione, qui potuit petere libertatem et maluit se venundari.*

32 Digo, pues, que de la ley 50 citada no se infiere que la omision del acreedor en pedir el reconocimiento del papel privado deba imputársele ó perjudicarle en un derecho que aun no le competia. La ley 50 habla del que está obligado bajo cierta condicion, y él mismo procura impedir que se verifique, en cuyo caso le perjudica, porque se tiene en cuanto á cumplir la obligacion como si se hubiera verificado ó cumplido la condicion. En confirmacion de esta verdad está la ley 24, ff. *de conditionibus et demonstrationibus*, que dice asi: *jure civili receptum est quoties per eum, cuyus interest conditionem impleri, fit quominus impleatur, ut perinde habeatur ac si impleta conditio fuisset*: con cuya ley concuerda la 85, ff. *de verborum obligationibus*, §. 7.º, que dice de este modo: *quicumque sub conditione obligatus curaverit ne conditio existeret, nihilominus obligetur.*

33 Tanto la ley 50 citada como las que acabo de referir hablan del que está obligado bajo condicion, é impide el que se cumpla para que no tenga efecto la obligacion, cuyo fraude justamente castigan las leyes, teniendo por verificada la condicion en cuanto a cumplir con la obligacion el que estaba ligado en ella, cuya regla se ve confirmada en la ley 5.ª, §. *item si qua conditio*, ff. *quando dies legat. ced.*, y en la 161 *de reg. jure.*

34 Veamos ahora cuán poco adaptable es esta doctrina al caso de la disputa. El acreedor por ningun título se halla obligado á pedir que el deudor reconozca el vale, con que la regla de que siempre que por aquel que tiene interés en que no se cumpla la condicion, se impide su cumplimiento, se reputa por cumplida, no puede tener lugar en el caso de haber omitido pedir el reconocimiento.

35 Comentando Donelo el §. 7.º citado de la ley 85 *de verborum obligationibus*, despues de haber establecido la regla referida, fundado en las leyes que se han citado, pone esta advertencia como por escepcion, y dice que no es cierto que la condicion se deba tener por cumplida siempre que por aquel que tiene interes en que se cumpla se impide el que tenga cumplimiento, y pone el ejemplo en el que estipula, en su acreedor ó en el heredero del mismo estipulador. En todos estos casos dice que no se tendrá la condicion por cumplida si alguno de los referidos impide su cumplimiento. Estas son sus palabras despues de referir la ley 39, ff. *de reg. jure*, que dice: *im omnibus causis pro facto accipitur id in quo per alium mora sit quominus fiat*; continúa: *sed non est perpetuum: ¿quid enim si stipulator ipse, quid si creditor stipulatoris: quid si is qui heres quandoque stipulatori futurus est, vel ignarus conditionis, vel dedita opera curaverit ne conditio existiret? nemo dicet, opinor conditionem pro impleta habere debere.*

36 Aunque omite espresar la razon de su opinion, no puede ser otra que el ser el fin de la condicion la utilidad y beneficio del estipulador, de su acreedor y su heredero, y cuando alguno de estos impide el cumplimiento de la condicion, se presume que renuncia de su derecho, ó por lo menos intenta retardar el cumplimiento de la condicion.

37 En el caso de la disputa no se puede negar que al acreedor se concede por beneficio suyo la facultad de pedir el reconocimiento del vale, con que por la doctrina referida de Donelo acerca del estipulador de su acreedor heredero se debe decir que siempre que el acreedor no pida el reconocimiento del vale no se debe tener por hecho, y de consiguiente no puede ni debe correr la prescripcion del derecho de ejecutar, que solo puede nacer en virtud del reconocimiento.

38 Aunque lo dicho bastaba para un pleno convencimiento de lo mal que se ha aplicado la ley 50 citada y sus concordantes á la presente disputa, no puedo omitir que el reconocimiento del vale en un

contrato privado no se pacta ni pone como condicion por ninguna de las partes, sino como un requisito ó solemnidad introducida por la ley para poder pedir ejecutivamente una deuda pura y absoluta que ninguna condicion trajo en sus principios ni adquirió despues, no siendo la condicion otra cosa *quam eventus quidam futurus, in quem dispositio suspenditur.*

39 Resta ahora examinar si es mas feliz la aplicacion que se hace de la ley 4.ª, ff. *quibus ad libert. proclam. non licet*, al caso de la disputa.

40 Consultó Licinio Rufino al jurisconsulto Pablo si podia proclamar ó pedir la libertad el que debiéndosele por fideicomiso la libertad sufrió que se le vendiera despues de veinte años, á cuya consulta respondió el jurisconsulto que al que se le debe la libertad fideicomisaria puede ser vendido contra su voluntad, porque en realidad aun es siervo, pero será reprensible en disimular su condicion, compitiéndole la facultad de conseguir inmediatamente la libertad, y por lo tanto resuelve que se le debe negar la proclamacion ó peticion de la libertad al que pudo pedir la libertad y y no lo hizo, queriendo mas ser vendido, por lo que se hizo indigno del auxilio del Pretor fideicomisario.

41 Tan lejos está de favorecer esta resolucion el intento del señor Larrea, que antes bien lo destruye, como voy á manifestar.

42 El siervo á quien se le debe la libertad fideicomisaria solo con pedirla se le concede, sin que haya facultad para negársela, y por lo tanto se le imputa y perjudica la omision en pedirla. No sucede lo mismo al acreedor, pues aunque tiene facultad de pedir el reconocimiento, no le es debido pudiendo negarlo al deudor: cuya deferencia bastaba para que fueran diversas las resoluciones en uno y otro caso; pero manifiesta mas esta diversidad el jurisconsulto en la misma ley, haciendo cotejo entre el caso de que al siervo le compete la libertad fideicomisaria, y el de que le corresponda la libertad bajo una condicion, ya sea casual ó potestativa. En el primer caso dice que no puede pedir la libertad habiendo disimulado su estado al tiempo que se celebró la venta; pero sí en el segundo, porque aun no se le debia la libertad. Estas son las palabras de la ley: *sed is qui adhuc servus est, etiam invitus venire potest, quamvis et ipse in eo malus sit quod de conditione sua disimulat, cum in sua potestate habeat ut statim ad libertatem perveniat. Quod, quidem, non potest ei imputari cui nondum libertas debetur. Pone statu libero passum se venundari, nemo dicturus est superveniente conditione, quæ non fiat in ejus potestate, libertatis petitionem ei denegandam. Item, justo etiam, si in ipsius potestate fiat conditio.*

43 Supuesto que la ley deniega pedir la libertad, ó proclamarla al que al tiempo de ser vendido calló que se le debia la libertad fideicomisaria, y que concede esta facultad al *statu libero*, que bajo condicion casual ó potestativa puede conseguir su libertad, resta examinar cuál de estos dos casos se asemeja mas al de la disputa: es indispensable reconocer que el segundo es el que tiene alguna tal cual semejanza.

44 No se puede negar que al que se le debe la libertad fideicomisaria se hace libre en el punto que la pide: asi lo espresa la ley: *cum in sua potestate habeat ut statim ad libertatem perveniat.* ¿Podrá decirse otro tanto del acreedor que pide el reconocimiento del vale? Seguramente que no, pues aunque está en su arbitrio pedirlo, depende únicamente de la voluntad del deudor el hacerlo. Es, pues, claro que al acreedor no se le debe el reconocimiento del vale como al siervo la libertad fideicomisaria, y de consiguiente que estos dos casos no tienen entre sí paridad y semejanza para pretender que los efectos del uno se consideren en el otro.

45 Mas se asemeja al caso de la disputa el del *statu libero* bajo alguna condicion, porque á este no se le debe de presente la libertad hasta que se verifique la condicion, como al acreedor no se le debe el reconocimiento hasta que lo haga el deudor; ¿y qué dispone la ley en el caso del *statu libero*? Que no le perjudique el silencio que guardó al tiempo de ser vendido para reclamar la libertad, y esto tanto cuando la condicion era potestativa, como casual; pues si esto es asi, como no puede negarse, ¿con qué fundamento puede alegar el señor Larrea la presente ley para probar que el silencio del acreedor en pedir el reconocimiento del vale en los diez años primeros de la obligacion le ha de perjudicar para solicitarlo en los siguientes?

46 He dicho que mas semejanza tenia el caso del *statu libero* con el de la disputa

que el de la libertad fideicomisaría, aunque bien mirado, ni el de *statu libero* conviene en lo substancial con el de la disputa, pues en este no está en la potestad del acreedor el que se verifique el reconocimiento del vale, sino el pedirlo, y en el caso del *statu libero* está en el arbitrio de este el que se cumpla la condicion potestativa, bajo la cual se le concede la libertad.

47 De aqui, pues, se infiere que tan lejos está de que esta ley pruebe lo que pretende el señor Larrea, que antes bien se convence de ella que aun cuando estuviese únicamente en el arbitrio del acreedor que se hiciese el reconocimiento, no debia perjudicarle el silencio de pedirlo en los diez primeros años de la obligacion, asi como no perjudica al *statù libero* el no usar de la condicion potestativa para que se verifique su libertad.

48 Comentando la presente ley Cujacio en el lib. 12 de las cuestiones del jurisconsulto Pablo, la resume en los términos mas claros, diciendo asi: *Is, autem, qui adhuc servus est, etsi ei debeatur fideicomissaria libertas, etiam invitus, à domino vendi potest. Imputatur, tamem, ei quod dissimulata conditione sua, et quasi statu libertatis decepto, emptorem se venire passus sit, qui in ipso articulo emptionis declarare debuit sibi deberi fideicomissariam libertatem, quod tamem non potest imputari ei cui nondum libertas debebatur, puta pendente conditione libertatis vel casuali vel potestativa, nihil reffert, ut hic asserit et Paulus. Hic, vero, postea superveniente conditione libertatis, proclamationem sive petitionem libertatis habet.... At ille de quo est quæstio proposita initio hujus legis, cui debebatur fideicomissaria libertas, postquam se venire passus est disimulato statu suo qui diceret deberi sibi libertatem presente die, quique eam presente die petere debuit, indignus est auxilio pretoris, fideicomisariæ constituendarum libertatum gratiæ quæ per fideicomissum relictæ sunt.* Hasta aqui Cujacio, cuyas palabras he referido para mayor convencimiento de la esposicion que he hecho de la ley.

49 Continúa el señor Larrea alegando en confirmacion de su opinion del *Cap. ult. decret. de electione et electi potest*, que dice: *his quibus interdicitur, ut absque superioris licentia eligere non presumant, tempus statutum à canone currit ex quo in mora fuerint licentiam hujusmodi postulandi*; y en corroboracion se vale de la regla 17+, *de reg. jur.*, cuyas palabras son: *qui potest facere ut possit conditioni parere, jam posse videtur*, de cuyos textos infiere debe imputarse al acreedor la tardanza ó morosidad en pedir el reconocimiento del vale, habiendo estado en su arbitrio hacerlo.

50 En cuanto á la resolucion del capítulo que cita de las decretrales, fácilmente se responde, diciendo que hallándose prevenido por el cap. 2.° *de concess. preb.* que estas se provean dentro de los seis meses que vacaren, era consiguiente que teniendo obligacion aquel á quien tocaba la provision de pedir licencia para ejecutarla, debia imputársele la negligencia ú omision en habilitarse para cumplir con lo establecido por dicho capítulo de las decretales; mas como no haya ninguna ley que señale y limite el tiempo dentro del cual el acreedor deba pedir el reconocimiento del vale, de aqui es que impunemente puede omitir el pedirlo sin esperimentar otro perjuicio que el carecer del derecho que le produciria el mismo reconocimiento, á saber, el uso de la via ejecutiva contra el deudor.

51 Aun es mas fácil el responder á la regla del derecho citada, la cual habla de la institucion de heredero hecha bajo de alguna condicion casual ó potestativa, y dice que el que puede hacer que se verifique la condicion, parece que tiene facultad de aceptar la herencia, y cuando difiere la aceptacion se le prefija tiempo por el Pretor para ejecutarla, segun la ley 23, §. 1.°, ff. *de heredibus intestatis.*

52 Contraida esta disposicion al caso de la disputa se echará de ver la discrepancia. El reconocimiento del vale no interviene en el contrato como condicion, ni casual, ni potestativa, ni mixta, que era la única que podia convenirle caso de que se admitiera alguna. Tampoco está en el arbitrio ó facultad del acreedor el que se verifique el reconocimiento; con que mal se le podria aplicar *qui potest facere ut possit conditioni parere*; de cuyo antecedente se vale la regla para inferir *jam posse videtur.* Es, pues, fuera de toda duda que la regla no es adaptable al presente caso. Acerca de los argumentos que se forman de las reglas del derecho debe tenerse presente lo que dice Cujacio comentando la regla primera *itaque levia sunt, non firma argumenta que deducuntur ex regula juris, et pernitiosa. Denique ex his non est argumentandum.*

53 En el número 18 refiere el señor Larrea que se discordó la sentencia, y remitida la causa á otra sala se declaró no podia tener lugar la ejecucion, en virtud de un reconocimiento hecho á los quince años de contraida la obligacion; pero á esto se responde con el principio que enseña que *non exemplis, sed legibus judicandum est.*

54 Las demas razones que propone desde el número 19 hasta el 23 coinciden con las anteriores, reduciéndose en substancia á que el acreedor tuvo facultad para pedir el reconocimiento, y al argumento que saca de la ley 3.ª, §. *desinere*, ff. *usus quemadm. caveat*, pretendiendo que puede una cosa dejar de pertenecer ó tocar antes de haber empezado, se satisface con la esposicion que hace Donelo en el libro 10, cap. 14 de los Comentarios citados por el mismo señor Larrea, diciendo que la asercion del jurisconsulto Ulpiano no se refiere á la significacion de las palabras, sino á la intencion de los contrayentes. *Quod quidem ab illo non dicitur ex verbi significatione, sed ex sententia contrahentium.* Ni podia ser otra la inteligencia atendida la ley 208, de *reg. jur.*, que dice: *non potest videri descissi habere, qui nunquam habuit*, y la 83, *non videntur rem amitere quibus propia non fuit.*

55 Habiendo examinado y reconocido la poca solidez de los fundamentos en que el señor Larrea y los que le siguen apoyan su opinion, corresponde proponer las razones que persuaden la contraria, y la hacen mas conforme á derecho, cual es la de que los diez años que señalan para prescribir el derecho de ejecutar en las obligaciones en que ha intervenido papel privado, deben empezar á correr y contarse desde el dia del reconocimiento, y no del de la obligacion.

56 En que los varios autores que defienden esta opinion, los que con mas estension y solidez la fundan son: Gutierrez en el libro 3.º de sus Prácticas, cuestion 35, y don José Vela en la disertacion 26, por lo que me valdré de las razones que traen en los citados lugares, y en otros en que por incidencia tocan las mismas cuestiones, á que aumentaré las que á mí me ocurran.

57 Afirma el señor Vela al número 19 del lugar citado que en repetidos casos resolvió la Audiencia de Sevilla que el decenio, para prescribir el derecho ejecutivo empezaba á correr desde el dia del reconocimiento, y en el número 2.º, con referencia á la ley 5.ª, tít. 21, lib. 4.º de la Recopilacion, dice: que queriendo el Rey don Cárlos I remediar los perjuicios que se originaban á las partes de no ejecutarse los conocimientos reconocidos ante el juez ó en juicio, como los otros contratos otorgados ante escribanos, que traen aparejada ejecucion, mandó que de allí en adelante los conocimientos reconocidos por las partes ante el juez que manda ejecutar traigan aparejada ejecucion, y que las justicias los ejecuten conforme á la ley de Toledo, que habla sobre la ejecucion de los contratos cuarenticios.

58 Posteriormente el señor don Felipe II amplió la ley antecedente, concediendo que el reconocimiento se pudiera hacer ante el alguacil ó escribano á quien el juez diere la comision, con tal que no se ejecute el reconocimiento reconocido, hasta que traido ante el juez, y visto por él, lo mande ejecutar, cuya ley es la 6.ª del mismo título.

59 Por estas leyes se echa de ver que el derecho de ejecutar en virtud de un papel privado nace del reconocimiento del deudor hecho ante el juez, segun la ley 5.ª, ó por comision suya ante el alguacil ó escribano, con que hasta que preceda el reconocimiento no puede considerarse existente el derecho de ejecutar, por la misma razon que la causa debe preceder al efecto. No existiendo el derecho de ejecutar hasta que haya precedido el reconocimiento, en vano se pretende que la prescripcion obre contra él antes de haberse verificado, porque como arriba se ha dicho, ni puede destruirse lo que no ha existido, ni morir el que no ha vivido, y habiéndose introducido la prescripcion para privar á los negligentes de los derechos que de presente les competen, sin estender su efecto á los que solo *in potentia* les pertenecen, pues de lo contrario la prescripcion de un derecho seria bastante para estinguir en el mismo sugeto todos los demas que con el tiempo pudieran competirle, no habiendo llegado á existir el derecho ejecutivo no puede prescribirse.

60 Contra esto se dirá que habiendo estado en el arbitrio del acreedor pedir el reconocimiento, debe imputársele esta omision, y tenerse por prescripto el derecho de ejecutar; pero quien de esta manera discurre no reflexiona que ningun tiempo le han fijado las leyes que se han referido,

dentro del cual haya de pedirlo; y no señalando las leyes determinado tiempo se debe estender esta facultad del acreedor á todo aquel en que permanece viva y eficaz la accion para eximir el cumplimiento de la obligacion. Un ejemplo servirá de convencimiento de la solidez de esta doctrina, sin embargo de que no veo se sirvan de él los autores que tratan esta materia.

61 Está prevenido por la ley 13, C. *de judiciis*, que las causas civiles se terminen en el espacio de tres años, y las criminales en el de dos, que deben contarse desde la contestacion de la litis ó demanda, y sin embargo á nadie ha ocurrido hasta ahora decir que no poniendo el actor la demanda dentro de los tres primeros años que le nació la accion, queda privado de poderlo hacer en lo sucesivo. Esto asi supuesto apliquemos esta doctrina al caso de la presente disputa.

62 Tan determinado está por la ley de Toro el tiempo para pedir ejecutivamente, como por la ley del C. el de la duracion de la manda civil, y tan en el arbitrio está el actor de poner la demanda como del acreedor el pedir el reconocimiento del papel privado. Sin embargo de esto al actor no le perjudica la dilacion en proponer su demanda, con tal que lo haga antes de prescribirse su accion; ¿pues qué razon habrá para que al acreedor se le impute y perjudique la retardacion en pedir el reconocimiento de que le ha de nacer el derecho de ejecutar? Ninguna. Vaya de otro modo.

63 Como la demanda hace nacer la litis contestacion, asi el reconocimiento produce el derecho de ejecutar; es asi que el tiempo señalado para terminar la litis no se reputa determinado para introducir la demanda, con que tampoco el tiempo designado para pedir ejecutivamente debe considerarse señalado para pedir el reconocimiento, sin el cual no puede nacer el derecho ejecutivo, como sin la demanda no puede verificarse la litis contestacion.

64 No es menos eficaz para apoyo de esta opinion el argumento insinuado arriba, sacado de la ley 41, ff. *qui ad libert. proc. non licet*, en la que distinguiendo el jurisconsulto entre el siervo á quien se le ha dejado libertad fideicomisaria, y aquel á quien se le concede bajo de condicion, ya sea casual ó potestativa, dice que al primero, si sufre ser vendido sin espresar la libertad que le compete, no le será lícito reclamarla despues; pero sí al segundo, y da la razon por qué al primero solo con pedirla la conseguía, y de consiguiente le debe perjudicar esta omision para no poder reclamar la libertad; pero el segundo tiene que esperar el evento de la condicion casual, ó cumplir antes con la condicion potestativa, sin que esta omision le perjudique, porque hasta que cumpla con ella no se le debe la libertad, aunque por él esté el no ponerse en este estado.

65 Si al siervo *in statu libero* á quien se le deja la libertad bajo de una condicion potestativa, ó que está en su arbitrio el verificarla, no le perjudica la omision en cumplir con ella para reclamar y pedir despues la libertad, ¿cómo se ha de pretender que perjudique al acreedor el no pedir el reconocimiento del vale para privarlo del derecho ejecutivo, que no se concede bajo una condicion potestativa como al siervo, sino de una en cierto modo mixta dependiente de la voluntad del acreedor y del deudor? Si al *statu libero* porque no se le debe la libertad hasta que cumpla con la condicion, no le perjudica la omision en verificarla, ¿por qué razon al acreedor, á quien no le compete el derecho ejecutivo hasta pedir y obtener el reconocimiento del vale, le ha de perjudicar la omision en pedirlo? Por mas que se quiera sutilizar me persuado no se encontrará una razon sólida que establezca una verdadera diferencia entre estos dos casos. Causa admiracion que una ley de que se deduce un argumento tan convincente á favor de la opinion que defendemos la traiga el señor Larrea en apoyo de la suya.

66 No es de menor eficacia para probar nuestra opinion la paridad que resulta entre el reconocimiento del vale y la confesion de la deuda: tanto de esta como de aquel nace el derecho ejecutivo, y sin embargo los autores de la opinion contraria no retrotraen la fecha de la confesion á la celebracion de contrato, y entre ellos es particular Febrero en el juicio ejecutivo, lib. 3.º, cap. 2.º, §. 1.º, número 11, en donde da por razon que las leyes hablan indistintamente y sin limitacion, y asi no se debe distinguir, porque en cualquiera tiempo que se haga la confesion trae aparejada ejecucion, siendo asi que del mismo modo hablan del reconocimiento. Aunque Acevedo en la ley 6.ª, tít. 15, lib. 4.º de

la Recopilacion, número 14, insinúa que la confesion se debe retrotraer al dia de la celebracion del contrato, desconfiando de la certeza de esta asercion concluye encargando al lector que reflexione sobre ello.

67 El señor Olea en su obra *de cesionis juramentum*, tít. 1.º, cuestion 1.ª, número 78 y siguientes, se propone examinar esta cuestion, y despues de referir los autores que de intento la han tratado por una y otra parte, pretende conciliarlos valiéndose de una distincion, en virtud de la cual establece dos cuestiones: una cuando el acreedor pide y consigue el reconocimiento del vale dentro de los diez años primeros de la obligacion. En este caso dice es cierta la opinion del señor Vela y los que la siguen, porque corre la prescripcion desde la fecha del reconocimiento y no de la del vale. La otra es cuando se pide el reconocimiento despues de los diez primeros años de la obligacion, y en tal caso vuelve á distinguir diciendo que si el reconocimiento se limita solamente á confesar la firma y no la deuda, antes bien jura que la ha satisfecho, de que se presume no tendrá lugar el juicio ejecutivo en virtud de este reconocimiento; pero si el que reconoce la firma confiesa tambien la deuda, entonces podrá usarse contra el de la via ejecutiva, cuya distincion afirma que la admiten varios autores nuestros (que no cita) si se leen con cuidado.

68 Causa admiracion ciertamente que una ley tan sencilla como la 5.ª, tít. 21, lib. 4.º de la Recopilacion, que para obviar las maliciosas dilaciones de los deudores dispone y ordena que los conocimientos reconocidos traigan aparejada ejecucion, haya dado causa á una distincion no menos sutil que embarazosa. Examinemos sus fundamentos.

69 Convengo con el señor Olea en que si se pide el reconocimiento antes de los diez años, ha de empezar á correr la prescripcion del derecho ejecutivo desde la fecha del reconocimiento, y no de la obligacion, por todas las razones de que me he valido en apoyo de la opinion que defiendo, pues afirmando que aun cuando se pida el reconocimiento despues de los diez años empieza á correr la prescripcion desde la fecha del reconocimiento, con mayor razon procederá esta opinion cuando el reconocimiento se ha pedido dentro de los diez primeros años de la fecha del vale.

70 En lo que no puedo conformarme con su dictámen es en que limite su opinion al caso de que se pida el reconocimiento dentro de los diez años, porque si el reconocimiento es causa del derecho ejecutivo, como lo reconoce el señor Olea, queriendo ó admitiendo que desde la fecha del reconocimiento y no de la obligacion empiece á correr la prescripcion, no se alcanza ¿por qué al reconocimiento que se haga despues de los diez años se le ha de privar de producir igual efecto que le concede la ley sin la menor limitacion ni distincion? siendo bien sabido el axioma legal que no debe admitirse distincion cuando la ley no la hace.

71 El reconocimiento dentro de los diez años produce el derecho ejecutivo, sin retrotraerlo á la fecha de la obligacion, segun el señor Olea, con que no estando señalado tiempo alguno por la ley para pedirlo, siempre que este se verifique antes de estar prescripta la obligacion principal, deberá producir el mismo efecto; pero no opina asi el señor Olea, quien en este caso distingue al número 92 entre el reconocimiento de la firma y el de la deuda, del primero no quiere que nazca el derecho ejecutivo, pero sí del segundo. La razon de diferencia la funda al numero 93 en que cuando reconoce simplemente el vale y su firma se hace el reconocimiento con su causa, reconociéndose la deuda como prescripta, porque por el transcurso del decenio adquiere el deudor cierta presuncion á su favor que impide el rigor de la via ejecutiva, y por lo tanto debe recurrirse á la ordinaria, como que parece que el punto exige mayor discusion.

72 Por poco que se reflexione acerca de la solidez de esta razon, se conocerá que toda ella se funda en un aparato de palabras, sin contraerse al punto de la disputa. Si dice que haciéndose el reconocimiento despues de los diez años se reconoce la deuda como prescripta la obligacion principal, se engaña conocidamente, porque la obligacion personal no se prescribe por menos tiempo que el de veinte años; si por deuda prescripta pretende entender el derecho ejecutivo comete un error intolerable, y es la razon por qué el derecho ejecutivo nace y dimana como efecto de su causa del reconocimiento, y negándole á este la virtud de producirlo en el caso de que habla, se incurriria en el monstruoso absurdo de pre-

tender que antes que naciese el derecho ejecutivo obrase contra él la prescripcion, siendo principio incontestable de una verdad eterna, como repetidas veces he dicho, que lo que no ha llegado á existir no puede destruirse: si, pues, de reconocimiento en el caso de que habla el señor Olea, que es cuando se hace despues de pasados los diez años de la fecha del vale, afirma que no nace derecho ejecutivo, ¿en qué juicio cabe pretender que este esta ya prescripto? Todavia es mas imperdonable en el señor Olea este error ó inconsecuencia, porque en el número 91 de la misma cuestion ya habia reconocido antes al dicho número en términos espresos que la escepcion de la prescripcion no puede tener lugar antes de producirse por medio del reconocimiento el derecho ejecutivo, fundándose en que una accion que aun no ha nacido ni compete, ni puede prescribirse. Véanse sus palabras: *prescriptionis exceptio non ante orirsi, quam via executiva exerceri potuerit, hoc est, post recognitionem: actioni, enim, nondum natæ, seu nondum competenti prescribi non potest.*

73 Todavia hay otra razon que eficazmente persuade lo mismo; la prescripcion se dirige y refiere al derecho ejecutivo, y de consiguiente ella es el referente, y el derecho ejecutivo el relato, y como todo referente necesaria y esencialmente haya de ser posterior al relato, no existiendo el derecho ejecutivo no puede referirse ni obrar contra él la prescripcion.

74 El que por el transcurso del decenio adquiera el deudor alguna presuncion que impide rigor de la via ejecutiva, no se alcanza pueda servir de fundamento para establecer y proferir una proposicion tan voluntaria. O la presuncion que tiene y resulta á favor del deudor es de prescripcion ó de solucion de la deuda, sin que me ocurra que pueda hablar de otra alguna, ni haya medio entre estos estremos. La primera no puede tener lugar en manera alguna, porque ó el vale tiene fecha ó nó; si se dice lo primero, cesa toda presuncion, porque la fecha manifiestamente la escluye, y contra la certeza del tiempo en que se otorgó el vale no se admite presuncion contraria, que siempre cede á la verdad. Si lo segundo, por lo mismo que carece de fecha se ha de suponer que no está prescripta la deuda, mayormente teniendo el acreedor á su favor el reconocimiento del deudor, á quien no debe aprovecharle la escepcion de prescripcion, aunque la alegue, sino la prueba, porque contra una accion directa no se admite escepcion alguna que no se acredite por el que la propone, y de aqui nace el principio legal de que el reo escepcionando se hace actor. Por último, si la presuncion es de solucion de la deuda, tampoco debe aprovecharle al deudor para impedir el uso de la via ejecutiva en el acreedor.

75 Es constante entre los autores de las dos opiniones que la escepcion de paga propuesta por el deudor al tiempo de reconocer el vale dentro de los diez primeros años no impide el que se despache mandamiento de ejecucion, reservando al deudor su derecho para que lo acredite cuando se le encarguen los diez dias que previene la ley. No impidiendo el despacho del mandamiento de ejecucion una escepcion de solucion espresamente propuesta por el deudor, mal se podrá pretender que le aproveche la tácita ó presunta. A esto se aumenta que el hecho de conservar en su poder el acreedor el vale ofrece una vehemente presuncion de que la deuda no está satisfecha.

76 Aunque por el solo reconocimiento del vale y su firma, hecho despues de los diez años, no admite el señor Olea que resulte derecho ejecutivo contra el deudor, mayormente si este niega la deuda, cuando con el reconocimiento del vale concurre la confesion del deudor, reconoce que en virtud de esta confesion adquiere el acreedor el derecho ejecutivo, aunque se hayan pasado los diez años primeros de la fecha del vale cuando se hizo, fundando esta diferencia en que cuando interviene la confesion del deudor nada hay que impida la ejecucion de aquello que verdaderamente se está debiendo, aunque hayan pasado los diez años, como rectamente lo prueban Gutierrez y Vela.

77 El reconocimiento del vale envuelve en sí la confesion virtual de la deuda, pues á no ser asi no dispondria la ley se despachase ejecucion en su virtud. Esto asi supuesto, no es admisible que la confesion espresa produzca el derecho de ejecutar aunque hayan pasado los diez años, y se niegue esta virtud á la confesion virtual despues de dicho tiempo, que implicitamente se contiene en el reconocimiento del vale.

78 Mas claro, tan ejecutiva es la confesion virtual y tácita dentro de los diez

años, como lo espresa, con que pasados los diez años, ó han de conservar la misma virtud ó la han de perder.

79 La causa por qué opina el señor Olea que cuando se pide el reconocimiento despues de los diez años no nace el derecho ejecutivo, es porque se presume prescripta la deuda, sin embargo de que la fecha del vale escluye esta presuncion no habiendo transcurrido el tiempo de veinte años desde la fecha al reconocimiento; y como por otra parte la ley igualmente atribuia la virtud de producir el derecho ejecutivo al reconocimiento del vale, que á la confesion de la deuda, si por la de esta hecha pasados los diez años nace el derecho ejecutivo, con igual razon ha de nacer el mismo derecho ejecutivo del reconocimiento hecho despues de los diez años.

80 Es arbitraria y destituida de todo fundamento la suposicion de que la confesion de la deuda junta con el reconocimiento del vale haya de ser mas eficaz que este, pues la ley 5.ª citada, que atribuyó el derecho ejecutivo á estas dos especies de instrumentos, habló de cada uno disyuntivamente y con separacion, suponiendo que en el caso del reconocimiento no era necesaria la confesion, y que cuando esta intervenia no se necesitaba que mediase el del vale, queriendo que la confesion obrase cuando no habia vale á que referirse, y el reconocimiento cuando precedia este.

81 Queda, pues, manifestado que la distincion ó subdivision que hace el señor Olea entre el caso del reconocimiento hecho simplemente del vale pasado el primer decenio, de cuando el mismo reconocimiento va acompañado de la confesion de la deuda, es manifiestamente arbitraria é infundada, y envuelve la contradiccion que se ha notado.

82 Lo mismo que se ha dicho del reconocimiento judicial, hecho despues del primer decenio, debe decirse por igual razon del caso en que el instrumento privado pasados los diez años se reduce á público por voluntad de las partes, pues empezará á correr la prescripcion desde el dia de la fecha de la escritura, como lo afirma Gutierrez en el lib. 3.º de sus prácticas, cuestion 35, número 12, y Vela en el número 75 de la disertacion 26.

83 Aunque el Olea contrae y limita esta doctrina en el número 91 al caso en que la escritura privada se haya reducido á pública dentro del primer decenio, en cuyo caso afirma que ninguno que ame la verdad podrá negarlo.

84 De lo dicho hasta aquí se convence que los fundamentos con que intenta apoyar su distincion el señor Olea no persuaden y prueban su intento, y cuando mas podria su doctrina ser conducente para la formacion de una nueva ley en la materia, pero no para la esposicion de la que ya está formada.

85 Febrero en su Librería de Escribanos, libro 3.º, cap. 26, §. 4.º, número 217, refiere la distincion que hace el señor Olea, y en el número 219 la aprueba y se conforma con ella, por lo que la opinion de este autor queda sujeta á la impugnacion que se ha hecho de la del señor Olea.

86 Antes de formar un epílogo de la sólida y verdadera doctrina que debe regir en materia de conocimientos reconocidos y de confesiones hechas ante juez competente, acerca de cuando nace, y por cuánto tiempo dura el derecho ejecutivo, me ha parecido conveniente referir las varias opiniones de algunos autores que mas particularmente se han detenido á examinar estos puntos.

87 Parladorio en el lib. 1.º, cap. 1.º *rerum cotidianarum*, §. 13, número 11, se propone la cuestion de si pasado el decenio de la obligacion el acreedor pide que el deudor jure si es cierto lo que en el instrumento se contiene, y resuelve distinguiendo del modo siguiente. O está ya prescripto el derecho de ejecucion y la accion personal por el transcurso de veinte años, y entonces opina que no se puede obligar al acreedor contra su voluntad á prestar dicho juramento, y cita en comprobacion de la ley *in contractibus*, §. *illo*, C. *de non numerata pecunia*, ó solo se prescribió el derecho ejecutivo, pero no la accion personal, y en tal caso opina que se puede obligar á prestar el juramento. Y entonces dice se ha de atender al modo con que confiesa, porque si la confesion es pura y simple se tendrá por confeso, y tendrá lugar la ejecucion, y cita la ley *si duo*, §. *idem*, ff. *de jurejurando*; pero si reconoce el instrumento y afirma que ya habia pagado, opina que nada le perjudica la confesion aunque no pruebe el pago, dando por razon que teniendo á su favor la presuncion de la ley por el transcurso del decenio, no le debe perjudicar, ademas de que ni tampoco tal confe-

sion produciria ejecucion, y cita la ley 8.ª, tít. 3.º, partida 3.ª

88 En esta esposicion de Parladorio se echa de ver que supone puede prescribirse el derecho ejecutivo antes de haberse hecho el reconocimiento. Tampoco la ley que cita de la partida impide absolutamente la prosecucion de la causa, sino que únicamente la suspende hasta haber probado la solucion de la deuda ó promesa de no pedirla el acreedor, lo que se halla confirmado por la ley 4.ª, tít. 8.º, lib. 3.º del ordenamiento real, que es la 1.ª, tít. 21, libro 4.º de la Recopilacion, cuya ley comentando Pedro Avendaño en el título de las escepciones, número 51, dice que no basta alegar la escepcion, sino que se debe probar en el término de los diez dias: *ibi et non omittatur unum, quod facta alegatione dictarum, exceptis nunc probatio debet fieri intra decem dies, ut probat litera ibi*, salvo si fasta diez dias.

89 Acevedo en el Comentario á la presente ley al número 7.º suscita la duda de cuándo empieza á correr el decenio para prescribir en las escrituras privadas, en la suposicion que ya se haya cumplido el dia de la obligacion de pagar; y en el número 10 se propone sostener que el decenio para prescribir en las escrituras privadas empieza á correr desde el dia en que se celebró el contrato, y debia empezar ó hacerse el pago, y se funda en que de otro modo se seguiria que una escritura privada era de mejor condicion que un instrumento cuarenticio celebrado ante escribano público; es asi que el derecho ejecutivo que nace de un instrumento cuarenticio empieza á correr desde el dia en que se debió hacer el pago; luego lo mismo debe decirse del derecho ejecutivo contra la escritura privada.

90 Pretende aun que se seguiria un grande absurdo, porque si habiendo transcurrido veinte años despues de haberse verificado el dia de la paga se reconociese un instrumento privado, desde entonces deberian empezar á correr los diez años para prescribir el derecho ejecutivo. Y asi se verificaría que prescripta ya la accion personal empezaba á correr el derecho ejecutivo; y en el número 14 afirma que lo que ha dicho del derecho ejecutivo que resulta de la escritura privada en cuanto á que si el reconocimiento se hace dentro de los diez primeros años, se ha de retrotraer al tiempo del contrato y de la obligacion, y lo mismo debe observarse en la confesion hecha de la deuda, la que deberá retrotraerse al tiempo de la obligacion.

91 Esta doctrina de Acevedo claudica en varios puntos, á saber; en que el reconocimiento de la escritura privada de que nace el derecho ejecutivo hecho dentro de los diez años primeros retrotrae dicho derecho al tiempo en que principió la obligacion, de forma que si el reconocimiento se hizo á los nueve años de celebrado el contrato, el derecho ejecutivo durará solo un año, al fin del cual deberá tenerse por prescripto; segundo, que el reconocimiento hecho despues de los diez primeros años de la obligacion no produce el derecho ejecutivo, porque de lo contrario se podria verificar que prescripta ya la accion personal por el transcurso de veinte años naciese el derecho ejecutivo: tercero, que lo mismo que ha dicho del reconocimiento debe aplicarse al caso de la confesion.

92 No es cierto lo primero, porque la disposicion de la ley de que nazca el derecho ejecutivo del reconocimiento es en odio del deudor, y beneficio del acreedor, como lo advierte Gutierrez en el lib. 3.º, cuest. 35, número 9.º de sus varias, impugnando esta opinion de Acevedo, y entonces se verificaría lo contrario con la retroaccion, pues esta privaria del espacio de los diez años que le da la ley al acreedor para usar del derecho ejecutivo, y favoreceria al deudor abreviándole el término de poder ser ejecutado.

93 Otra razon hay todavia mas convincente, y es que el mismo efecto produce el conocimiento reconocido que la escritura privada reducida á pública; es asi que la escritura privada reducida á pública no solo produce el derecho ejecutivo, sino que empieza á correr este desde la fecha de la escritura, y dura por espacio de diez años, como lo afirma el señor Olea en el lugar ya citado, á quien sigue tambien Febrero en el libro 3.º, cap. 2.º, §. 4.º, número 217, con que lo mismo se ha de decir que sucede en virtud del reconocimiento del vale.

94 Todavia se esfuerza mas este mismo argumento. Si una obligacion simple se reduce á escritura privada, el deudor que habia empezado á prescribir la obligacion pierde todo el tiempo que llevaba de la prescripcion, segun espresamente se dispone en la ley 29, tít. 29 de la partida 3.ª Véanse sus palabras: "otro si decimos que si un

home fuése debdor de otro, por razon de alguna cosa que le oviese á dar, é aquel á quien la debiese, estuviese tanto tiempo quel non demandase el debido, que el otro lo comenzase á ganar por tiempo; si despues desto renovase el debdor la debda qué debiese faciendo carta nuevamente.... despues que lo comenzó á ganar; destajase, é pierdese porende el tiempo porque la ganava contra el. Eso mismo seria, si el señor del debdo gelo demandase delante de amigos ó de avenidores"; con que si en el caso de que habla la ley no se admite retrotraccion, sino que enteramente se estingue y acaba el tiempo que habia empezado á correr para la prescripcion, con igual razon debe decirse que ha de suceder lo mismo, tanto en el caso en que el vale ó escritura privada se reduce á pública, como cuando el vale es reconocido por el deudor, pues en uno y otro caso confiesa Acevedo que nace el derecho ejecutivo.

95 Tambien se hace dificil de comprender que naciendo del reconocimiento el derecho ejecutivo, no se haya de interrumpir la prescripcion que empezó á correr contra este, pues seguramente interrumpe la posesion en que estaba el deudor, y la interrupcion en la posesion interrumpe la prescripcion en la propiedad, segun la ley 65 de Toro. La otra ilacion de Acevedo, de que seria de mejor condicion la escritura privada que la pública, es manifiestamente desatendible, como he probado arriba, impugnando al señor Larrea, y lo convence Gomez en dicha cuestion 35, número 9.º, y á la verdad no se comprende cómo la escritura privada, que por sí sola no produce el derecho ejecutivo, sino ausiliada del reconocimiento, ha de ser de mejor condicion y eficacia que la pública, que en el instante de su existencia hace nacer el derecho ejecutivo.

96 Tampoco se verificaria el absurdo que se pretende de que si despues de pasados los veinte años se pidiese é hiciese el reconocimiento del vale, se verificaria que despues de prescripta la accion personal, empezaba á correr el derecho ejecutivo, porque la prescripcion de la accion personal no se presume por el transcurso de veinte años sino se prueba la buena fé del deudor, lo que se hace muy dificil, porque de un hecho propio ó de su omision no se presume ignorancia, y asi dice Villadiego en el capítulo 2.º de su política, número 28, que la cédula ó vale reconocido se debe reputar aunque no tenga fecha del dia, mes y año, citando en su comprobacion la ley 5.ª y 6.ª del tít. 21, lib. 4.º de la Recopilacion, y lo mismo afirma Vela en la disertacion 26, número 24, apoyado en la ley 1.ª, §. *débitum*, ff. *de constituta pecunia*, y no teniendo fecha el instrumento mal puede conocerse si ha pasado ó no el tiempo necesario para la prescripcion, la que como se ha dicho, no se presume sino se prueba por la razon indicada.

97 Todavia es mas improbable y espuesto á mayores dificultades lo que afirma de que la doctrina que habia dado acerca del conocimiento reconocido debe entenderse de la confesion de la deuda, pues cuando la confesion de la deuda es simple y pura sin añadir ninguna otra cualidad ó circunstancia, no solo nace el derecho ejecutivo dentro de los diez primeros años de la celebracion del contrato sin retrotraerse al tiempo de la obligacion, sino que produce igualmente el derecho ejecutivo aunque hayan transcurrido los veinte años que señalan para la prescripcion de la accion personal, y la razon es incontestable, porque si el deudor confiesa la deuda, manifiesta que ni la ha satisfecho ni la ha prescripto, y no habiéndose verificado ninguno de estos estremos permanece la obligacion natural, la que manifestada por medio de la confesion hace nacer el derecho ejecutivo, segun la ley 5.ª del tít. 21, libro 4.º de la Recopilacion, y Vela en la disertacion 26, número 64, sobre cuyo punto merece verse la disertacion 24 de Vela, en donde latamente examina las dudas que pueden suscitarse en esta materia.

98 Gutierrez en el tít. 3.º de sus prácticas, cuestion 36, resuelve que cuando consta que está prescripta la accion personal por el transcurso de veinte años, el reconocimiento del instrumento privado no produce mérito para la via ejecutiva; pero si el reconocimiento se hace dentro de los veinte años hay mérito para la ejecucion, la que no pudo prescribirse antes del reconocimiento, que si el deudor confiesa la deuda aun despues de haber pasado el tiempo suficiente para prescribirla, tendrá lugar la ejecucion en virtud de la confesion, segun la la ley 5.ª, tít. 21, lib. 4.º de la Recopilacion.

99 En el número 6.º dice que si se pide al deudor que reconozca el instrumento tiene obligacion de hacerlo, confesándo-

lo ó negándolo, y si en el reconocimiento añade que ha satisfecho la deuda, no le perjudicará la confesion, aunque no acredite el pago, si el derecho ejecutivo del instrumento público está ya prescripto, dando por razon de que tiene á su favor la presuncion de la ley por el transcurso del decenio, y que otra cosa seria si pura y simplemente confesara la deuda, en lo que dice está conforme Parladorio en el número 14 del §. décimotercio citado.

100 Esta doctrina tiene contra sí que pidiéndose al deudor el reconocimiento del instrumento no debe admitírsele la escepcion de pago, y de consiguiente el reconocimiento del instrumento producirá la ejecucion, segun la doctrina sentada por el mismo Gutierrez, de que el reconocimiento del instrumento antes ó despues de los diez primeros años de la obligacion produce el derecho ejecutivo.

101 Continúa Gutierrez refiriendo y conformándose con la doctrina de Parladorio, que si simplemente y sin cualidad alguna confiesa, se tendra por juzgado, en cuyo caso afirma que Acevedo sigue la opinion negativa. Prosigue Gutierrez diciendo que aun cuando se trate de la prescripcion del derecho ejecutivo, y no de la deuda, antes bien estando ya prescripta esta, si el deudor con juramento ó sin él confiesa en juicio simplemente que debe, se tiene por confeso y ha lugar á la ejecucion.

102 Lo contrario quiere que se haya de decir si simplemente reconoce el instrumento sin confesar la deuda, y alega que está prescripto el derecho ejecutivo ó que ya ha satisfecho, ó no alegando esto simplemente reconoce que hizo el instrumento; en tal caso no ha lugar á la ejecucion con tal que no confiese la deuda, porque el reconocimiento del instrumento se refiere al mismo, cuyo derecho ejecutivo está ya prescripto.

103 En esta esposicion manifiestamente se ve la oposicion que hay contra la doctrina que antes habia sentado en el número 1.º, en donde afirma que si dentro de los veinte años del dia de la obligacion reconoce el deudor el instrumento, que tiene lugar la ejecucion, dando por razon que no puede prescribirse la via ó derecho ejecutivo, por no haber principiado antes el reconocimiento, y en el caso de que habla en el número 8.º sienta que si simplemente confiesa que ha hecho el instrumento sin confesar la deuda, y alega que está prescripto el derecho ejecutivo, entonces dice que no procede la ejecucion por el reconocimiento del instrumento, con tal que no confiese al mismo tiempo la deuda.

104 Si del reconocimiento reconoce que nace el derecho ejecutivo dentro de los veinte años de la obligacion en el número 1.º, y que no puede prescribirse este derecho antes de haber nacido por medio del reconocimiento, ¿cómo no ha de ser una manifiesta contradiccion decir en el número 8.º que si el deudor simplemente reconoce el instrumento sin confesar la deuda, no debe producir ejecucion semejante reconocimiento del instrumento, dando por razon que el reconocimiento del instrumento en tal caso se refiere al mismo instrumento, cuyo derecho ejecutivo está ya prescripto? Si del reconocimiento nace el derecho ejecutivo, segun los principios de este autor, ¿cómo ha de ser componible que antes del reconocimiento se hubiera prescripto un derecho que aun no habia nacido? Por lo que con razon sienta en el número 5.º de la cuestion 35, número 5.º, que la prescripcion del derecho de ejecutar en la escritura privada no empieza á correr antes del reconocimiento, dando por razon en el número 6.º que no podia prescribirse la via ejecutiva, cuyo derecho no empezó á competir ni nació antes del reconocimiento, y por lo tanto lo que no es ni existe no puede prescribirse.

105 Vela en la disertacion 26 sigue en todo la opinion de Gutierrez en cuanto á que el reconocimiento se puede hacer, no solo dentro de los diez primeros años, sino en los diez años subsiguientes, y que en uno y otro caso no se retrae el derecho ejecutivo que nace del reconocimiento, al dia de la obligacion del contrato, y dicho derecho ejecutivo permanece por el tiempo de los diez años; pero no incurre en todas las inconsecuencias que quedan notadas en Gutierrez, aunque se advierte en él que en el número 45 afirma que el reconocimiento hecho despues de los veinte años de nacida la accion personal no produce el derecho ejecutivo por estar ya prescripta la accion, dando por razon que la cualidad sin sugeto no puede existir, y como el mismo habia dejado ya dicho al número 24 que el vale una vez reconocido producia el derecho ejecutivo, aun cuando no tuviese fecha ni constase del dia, mes y año de su otor-

gamiento, y alega en su comprobacion la ley 1.ª, §. 8.º, ff. *de pecunia constituta*, donde dice Ulpiano que el que por una accion honoraria no está obligado por derecho civil, *constituendo tenetur*, que es decir que habiéndose convenido con un acreedor á pagarle á cierto plazo queda obligado sin otro requisito; de que se deduce que si del reconocimiento de un vale que no tiene fecha admite que nace el derecho ejecutivo, no constando si han pasado ó no los veinte años desde la celebracion del contrato, no parece hay razon suficiente para que niegue al reconocimiento de un vale despues de pasados los veinte años de su otorgamiento la virtud de producir el derecho ejecutivo, pues asi como en el primer caso tendrá el deudor que acreditar en el término encargado de la ley la fecha del otorgamiento del vale, del mismo modo deberá en el segundo probar que se ha verificado la prescripcion, lo que todavia es mas dificil, porque debe hacer constar la buena fé de parte del mismo, la que no se presume acerca de un hecho propio.

106 Epilogando de la variedad de las opiniones de estos autores y de otros que lo siguen la verdadera y sólida doctrina que debe regir en esta materia, digo que asi como del otorgamiento de la escritura pública nace el derecho ejecutivo, del mismo modo se produce del reconocimiento del vale ó escritura privada ante juez competente, y de la confesion hecha en juicio, ley 5.ª, tít. 21, lib. 4.º de la Recopilacion, que el derecho ejecutivo nace del reconocimiento; bien sea que este se haya verificado dentro de los diez primeros años del vale, ó despues de dicho tiempo, y otro tanto sucede en la confesion; que el derecho ejecutivo que nace en los dos espresados casos del reconocimiento y confesion no se retrotrae al tiempo del otorgamiento del vale ó principio de la obligacion, sino que empieza á correr desde el reconocimiento y confesion, y dura por el espacio de diez años, segun la disposicion de la presente ley, á no ser que la obligacion sea condicional, que entonces no tendrá efecto hasta que se haya verificado la condicion; que la confesion simple y pura hecha de la deuda produce el derecho ejecutivo en cualquier tiempo que se haga, aun cuando hayan pasado muchos mas años de veinte desde el principio de la obligacion, y es la razon porque por ella confiesa el deudor que debe lo que se obligó á pagar, y de consiguiente reconoce que está viva por lo menos la obligacion natural, y por lo tanto está obligado en conciencia á satisfacerla, como lo afirma Vela en la disertacion 26, número 64, y en la disertacion 8.ª, numero 12, y aun el mismo Acevedo, que no admite que de la confesion de la deuda hecha despues de pasados los veinte años que se señalan para la prescripcion de la accion personal nazca obligacion, reconoce en el Comentario á esta ley, número 52 y siguientes, que sin embargo de que por la ley 9.ª del tít. 15, libro 4.º de la Recopilacion se entiende prescripto el derecho del boticario y criado para pedir el precio de la medicina y el salario, por el transcurso de tres años, admite que si despues de este tiempo por la confesion del deudor consta que no está satisfecha la deuda podrá procederse á precisarlo al pago, infiriendo que lo mismo debe observarse en la disposicion de la ley 7.ª, tít. 13, libro 6.º de la Recopilacion, que previene que los bienes mostrencos que no se reclamaren por sus dueños dentro de un año y dos meses pertenezcan al que los encontró, sin que al dueño le quede accion para repetirlo.

107 Debe tenerse presente en esta materia que las escepciones que espresa la ley 1.ª, tít. 21, libro 4.º de la Recopilacion, que impiden la ejecucion, como son paga del deudor &c., no suspenden el juicio ejecutivo solo por el hecho de alegarlas, sino que es necesario probarlas en los diez dias que concede la ley, como asi lo reconocen Pedro Avendaño en el título de las escepciones, número 51, y mas particularmente Febrero en el juicio ejecutivo, lib. 3.º, cap. 2.º, §. 1.º, numero 23, donde hablando del caso en que el deudor reconoce el vale, pero niega la deuda esponiendo que está pagada, dice: "que se ha de despachar la ejecucion sin embargo de la escepcion, y se funda en que por el mismo hecho de haber firmado el vale se deduce haber contraido el débito, recibido el dinero, y quedado obligado natural y civilmente á su solucion, y que por consiguiente es maliciosa la escepcion, y el hallarse en poder del acreedor acredita que no se lo satisfizo ni este se lo remitió, pues de lo contrario lo hubiera recojido, ó algun resguardo en que esto constase, y asi debe justificar la escepcion en el término legal para enervar la intencion del acreedor, y cita

á Gutierrez en el lib. 1.º de sus prácticas, cuestion 124, número 3.º"

108 Si esta doctrina rige en el caso del reconocimiento del vale, con igual ó mayor razon deberá decirse otro tanto en la confesion de la deuda, cualquiera que sea la escepcion que se alegue, bien sea de no pedirla ó de haberla satisfecho; por lo que tengo y considero por inútil la distincion absoluta y simple, y la cualificada en que distingue cuando la cualidad es coetánea al acto de la obligacion ó posterior á él, porque en uno y otro caso debe probar la cualidad en el término de los diez dias.

109 Tambien se convence que es arbitraria la diferencia que supone de que la cualidad sea coetánea á la obligacion, para impedir la ejecucion de cuando no lo sea para que no se suspenda; pues no puede dudarse que la escepcion de pago no es coetánea, sino posterior á la obligacion, y sin embargo la numera la ley 1.ª citada entre las escepciones que impiden la ejecucion, lo que debe entenderse como queda manifestado cuando se ha probado en el término de los diez dias.

110 Tambien conviene advertir que la prescripcion del derecho ejecutivo no requiere que intervenga en ella la buena fé del deudor, á causa de que por ella no se prescribe la deuda, sino únicamente el medio ó modo de pedir su satisfaccion, quedándole al acreedor espedita la via ordinaria para solicitar su pago, en cuyo caso debe necesariamente intervenir la buena fé del deudor para privar al acreedor del derecho que le compete para solicitar el pago de su crédito por la via ordinaria, sin que por el transcurso de los veinte años se presuma prescripta la obligacion ni la buena fé del deudor, no obstante que el señor Covarrubias en la parte 2.ª del cap. *possesor. de regulis juris in 6.º*, §. 8.º, número 3.º, afirma que en caso de duda, pasado el término señalado para la prescripcion, se presume verificada esta y tambien la buena fé, sin necesidad de que la alegue y pruebe el que ha poseido por el término señalado por la ley, á no ser que el acreedor pruebe la mala fé del deudor, cuya doctrina sigue Pichler, lib. 2.º, tít. 26, decretales, número 38.

111 Digo, pues, que sin embargo de la opinion de estos autores, debe sostenerse que en el caso del reconocimiento del vale no es admisible la presuncion de la buena fé del deudor, antes bien por el contrario obra contra él la presuncion de que no la ha tenido, como se manifiesta al capít. 41 *de rescriptis*, en que habiéndose quejado al Pontífice Gregorio IX uno de que su obispo le habia escomulgado sin guardar las formalidades que prevenia el concilio general, le manda al obispo que siendo cierto lo que se esponia absolviese al escomulgado, no pudiendo tener duda de lo que habia sucedido tratándose de un hecho propio, *ibi quidem facto suo certus esse debet.*

112 Si, pues, en el reconocimiento del vale se trata igualmente de un hecho propio, esto es, de haber contraido la obligacion, ¿cómo se ha de presumir en el mismo la buena fé de creer que ya la habia satisfecho ó se le habia relevado de ella? Si de un hecho propio debe de estar uno cierto, según la espresion del capítulo canónico, ¿cómo se ha de presumir que no tiene certeza de que pagó el mismo que debió ejecutar el pago? por lo que debe decirse que la doctrina del señor Covarrubias podrá regir y será admisible en otros casos en que no se trate de prescribirse un hecho propio.

113 Corrobora la doctrina que acabo de proponer la ley última, C. *unde vi*, en donde resolvió el Emperador Cenon, el que toma la cosa ó posesion agena por propia autoridad se debe considerar como ladron, fundado en que seria una cosa ridícula el decir ó que se oyese que por ignorancia habia ocupado alguno una cosa agena como propia, porque todos deben saber que lo que no es suyo pertenece á otro. Si el deudor de una obligacion en realidad recibe una cosa agena que le consta pertenece á otro, cómo se ha de presumir en él la buena fé de tenerla por suya, debiendo saber que no la ha satisfecho, porque de un hecho propio la ignorancia se presume afectada.

114 No se aparta de este modo de opinar el mismo señor Covarrubias, quien en el número siguiente del lugar citado espresamente afirma que se presume mala fé en aquel que al principio ocupó por autoridad propia alguna cosa, aunque no estuviera poseida por otro, y cita en corroboracion la espresada ley última del código, pues si el deudor al principio se verifica que tomó una cosa agena con consentimiento de su dueño para volvérsela á cierto tiempo, lo que debe saber que no ha

ejecutado, tan lejos está de que se presuma á su favor, que antes bien debe suponerse lo contrario, que la tiene mala.

115 Lo que se ha dicho de la escepcion de pago hecho al tiempo del reconocimiento del vale, con mayor razon debe decirse de la confesion de la deuda, bien sea la cualidad separable ó inseparable que llama Vela dividua ó individua en el número 37 de la disertacion 24, y es la razon porque supuesto, como se ha indicado arriba, que la escepcion de pago no suspende la ejecucion sino se prueba en el término de la ley, ninguna diferencia debe haber entre el caso en que la confesion vaya acompañada de una escepcion separable de ella ó inseparable, coetánea ó no coetánea, que son las espresiones de que se vale Vela en la disertacion 24 citada; y en prueba de esta verdad estan las palabras de la ley 2.ª, tít. 21 del libro 4.º de la Recopilacion, que vulgarmente se conoce por la ley de Toledo, en que tratando de la forma en que se han de probar las escepciones en el jucio ejecutivo dice asi: "no seyendo legítimas cualesquier escepciones que contra los tales contratos fueren alegadas, en tal manera que los acreedores sean pagados de sus deudas, y que las justicias no dejen de lo asi hacer y cumplir por paga ó escepcion que los dichos deudores aleguen, salvo si dentro de diez dias mostrare la tal paga por legítima escepcion.... por otra tal escritura como fue el contrato de deuda ó por albalá que haga fé, ó por confesion de la parte &c.," por las que se ve que la ley no hace diferencia alguna entre las escepciones con que acompaña el reo su confesion, bien sean coetáneas é individuas á la obligacion, ó posteriores y separables de ella, y lo mismo se establece en la ley 19 del espresado título, en que poniéndose específica y circunstanciadamente la forma de proceder en los juicios ejecutivos, dispone que si el reo alegare escepcion legítima conforme á la ley 1.ª y 2.ª de este título, corran los diez dias de la oposicion.

116 Estas repetidas disposiciones convencen que las escepciones que se alegan en los juicios ejecutivos, bien provengan de instrumento cuarenticio de conocimiento reconocido, ó de confesion de la parte, no suspenden el juicio ejecutivo, sino únicamente se limitan á que en virtud de ellas se concedan á las partes los diez dias que se le señalan por las leyes 2.ª y 19 citadas para probar las escepciones que se alegan, y no acreditándolas continúa la ejecucion.

117 Habiendo espuesto la causa de qué dimana el derecho ejecutivo, el tiempo en que empieza ó á que debe referirse, y el de su duracion, en que está comprendida la primera parte de la presente ley, que ordena que el derecho de ejecutar se prescriba por diez años en la obligacion personal, resta entrar á examinar si el derecho ejecutivo y su duracion debe estenderse á las demas obligaciones ó acciones que se comprenden en la segunda parte de la disposicion de la ley, por la que se establece que la accion personal y la ejecutoría dada sobre ella se prescriba por veinte años y no menos. Oprimido del peso que ofrece la verdadera inteligencia de esta disposicion, leí los principales autores nacionales que la comentan, y medité por mucho tiempo sus esposiciones, y no pude aquietarme con ellas, por lo que las referiré en particular, y despues propondré mi opinion, y la probaré, por cuyo medio se vendrá en conocimiento de los errores en que en mi concepto han incurrido los espositores, y podrá el juicioso lector elegir con conocimiento la opinion que le parezca mas fundada.

118 Suscitan nuestros autores la duda si el derecho ejecutivo y su duracion, de que habla la primer parte de la ley, deberá estenderse á las acciones de que habla la segunda y tercera parte de la misma, esto es, si en la accion personal y ejecutoria dada en juicio en la hipotecaria y en la mixta de real y personal, deberá ser el derecho ejecutivo de mayor duracion que la que se le señala en la accion meramente personal.

119 Acevedo en la presente ley al número 3.º y siguiente, y la curia filípica en la 2.ª parte de la via ejecutiva, §. 1.º, número 5.º, examinan esta duda, y afirman que el derecho de ejecutar por accion personal aunque sea hipotecaria y ejecutoriada en juicio y conste por cualquier otro instrumento, se prescribe por el término de diez años, que es decir, que la disposicion de la ley se ha de estender á las demas acciones que en ella se espresan, que es como se esplica Acevedo.

120 Parladorio en el libro 1.º, *rerum quot.*, cap. 1.º, §. 14, número 10, es de la misma opinion, sin embargo de que Acevedo lo cita como de contrario dictámen al suyo, y el mismo Parladorio afirma que

todos los demas autores, esceptuando Antonio Gomez, son de la misma opinion.

121 Este en el número 2.º en el Comentario á dicha ley, tratando de la inteligencia de las palabras de su segunda parte, propone tres modos ó sentidos con que pueden entenderse estas palabras: "la accion personal y la ejecutoria dada sobre ella se prescriba por veinte años, y no menos." El primero es entendiéndose del caso en que habiendo sido deducida en juicio la accion personal, y dadose sentencia condenatoria en favor del actor ó acreedor, aquella primera accion ú obligacion personal dice que dura por veinte años, y el derecho de ejecutar que nace de ella por otros veinte. El segundo caso en que puede entenderse la misma disposicion es cuando la accion ú obligacion personal que nace de nuevo de la sentencia, y el derecho ejecutivo que produce la misma dura por veinte años, cuyas dos esposiciones ó interpretaciones afirma que son verdaderas y jurídicas, fundándose en que por la sentencia no se destruye la primera accion personal, sino que nace otra de nuevo. El tercer caso que propone es cuando la accion y obligacion personal consta de algun instrumento público de escribano con cláusula cuarenticia, que entonces quiere que dicha accion y obligacion personal dure por veinte años, dando por razon que en tal caso la accion está junta y corroborada con el derecho de ejecutar.

122 Admira á la verdad que dirigiéndose los Comentarios de las leyes á declararlas, y facilitar su inteligencia á los que se proponen estudiarlas, pudiera hacerse una esposicion mas embrollada y confusa que la que acabo de referir de este autor, que es ciertamente el que mejor ha comentado la célebre coleccion de las leyes de Toro.

123 Como este autor no se ha detenido á manifestar las razones de su esposicion, se presenta Carlebal en el tomo 2.º *de judiciis*, tít. 3.º, disputacion 4.ª, número 8.º, á esplicar la mente é intencion de Gomez, y proponiéndose defender su doctrina, dice, que en las primeras partes de la ley se dispone del derecho ejecutivo que nace de un instrumento cuarenticio, y en la segunda del mismo derecho ejecutivo que dimana de la sentencia dada en juicio sobre la accion personal, y de la misma personal accion, lo que afirma que advirtió Gomez en el Comentario á la ley mas claramente que otros autores, de que infiere al número 9.º que debe desatenderse la sentencia de aquellos que interpretan la ley de Toro, pretendiendo que en su primera parte ordena que el derecho ejecutivo, bien provenga de instrumento ó de sentencia, se prescriba por el espacio de diez años, y que en la segunda parte quiere que la misma accion personal se prescriba por veinte años, denotando que en el último decenio permanece la accion sin el derecho ejecutivo, y que el espacio del primer decenio en que suponen dura el derecho ejecutivo añadido al posterior forme y complete el período de los veinte años.

124 Reprueba esta opinion como falsa, y á los varios autores que cita que la siguen, y sienta en el número 10 que prefiere la opinion de Gomez, que interpreta la ley de Toro plena y sencillamente, y conforme al claro y espedito sentido de las palabras sin violentar su letra, como dice lo han hecho los autores que se han apartado de su dictámen, conduciéndose por ambages ó rodeos, y caminos tortuosos, y á continuacion pasa á manifestar el camino recto natural acomodado á la letra de la ley, y refiere las palabras de la misma.

125 Dice esta "que el derecho de ejecutar por obligacion personal se prescriba por diez años, y la accion personal y la ejecutoria dada sobre ella se prescriba por veinte años, y no menos," sobre cuyas palabras arguye de este modo.

126 Si solo se tratara de la prescripcion de la accion personal en dicha segunda parte de la ley contenida en este versículo, "y la accion personal, y la ejecutoria dada sobre ella &c.," y no se dispusiera tambien de la prescripcion del derecho ejecutivo, procedente de una sentencia sobre accion personal, ¿á qué fin habia de hacer conmemoracion de la ejecutoria, habiéndola ya hecho al principio de la ley, de la prescripcion del derecho ejecutivo, proveniente de la accion personal? Todavia prosigue que no se puede negar que las palabras, "y la ejecutoria dada sobre ella," ociosa y superfluamente se habian añadido, y no solamente serian inútiles y supérfluas, sino perjudiciales; porque confundirian y harian del todo ambiguo y dudoso el sentido de la siguiente oracion "se prescriba por veinte años, y no menos." si se hubiera de interpretar la ley, de forma que el tiempo de los veinte años se dividiera en dos decenios:

uno en que se prescribiera la via ejecutiva, y el otro que prescribiera la accion añadido al primero. Hasta aqui Carleval.

127 Prosigue el mismo autor su empeño en el número 11, y dice asi: aquellas palabras "se prescriba por veinte años, y no menos" es una determinacion que se dirige á muchas cosas determinables, á saber, á los dos nombres substantivos precedentes: "la accion personal, y la ejecutoria dada sobre ella," de que infiere que la determinacion de la ley debe determinar igualmente aquellos dos substantivos precedentes, dando por razon que seria incóngruo é inoportuno que cuando la palabra se aplica á la accion se haya de entender de todo el tiempo de los veinte años, y cuando á la ejecutoria de solo el decenio, siendo asi que los dos nombres de accion y ejecutoria estan unidos por la cópula, la cual igualmente los junta, dando á entender que lo mismo se dispone de uno que del otro, y que estan unidos. A esto se aumenta (prosigue dicho autor) que á los que entienden y esponen dicha ley en el sentido referido se les proporciona una diferencia muy oportuna y acomodada entre los derechos de ejecutar, porque el derecho de ejecutar que dimana de una accion personal contenido en un instrumento público y cuarenticio dura por diez años, y procediendo de sentencia sobre accion personal veinte, y de sentencia sobre accion real ó mixta treinta, segun se ha dicho arriba en el número 60, y segun el derecho comun, y lo que dicen los doctores que citó en el número 1.º, de que concluye que la esposicion que da Antonio Gomez y Pedro Barbosa á la ley es mas alegada á razon, y se debe seguir.

128 Habiendo referido las opiniones de estos autores, y reservándome hablar de las de otros en el progreso de este Comentario, paso á manifestar la verdadera y genuina esposicion de la presente ley.

129 Comprende esta tres partes. En la primera ordena que el derecho de ejecutar por accion personal se prescriba por diez años. En la segunda que la accion personal y la ejecutoria dada sobre ella no se prescriba por menos de veinte. En la tercera que en la obligacion donde haya hipoteca ó sea mixta de personal y real la deuda, no se prescriba por menos de treinta años. Por lo que hace á la primera parte queda ya suficientemente manifestado arriba que el derecho ejecutivo que dimana de instrumento público, vale reconocido de órden judicial, ó confesion hecha en juicio &c., se prescribe por el transcurso de diez años, que han de empezar á contarse desde el dia en que el instrumento adquirió la virtud ejecutiva, como estensamente queda espuesto ya.

130 En cuanto á la segunda parte de la ley no puede dudarse que la accion personal y la ejecutoria dada sobre ella deben durar por igual tiempo, pues hablando de una y otra copulativamente, la ley ordena que no se prescriban por menos de veinte años. La única dificultad que resulta en este punto es si en todo el período de los veinte años que la ley da de duracion á la ejecutoria conservará esta la virtud ejecutiva.

131 Ceñido y limitado á esta dificultad soy de sentir contra el dictámen de Acevedo, Parladorio y de otros autores que siguen á estos, que la ejecutoria conserva vivo y eficaz el derecho de ejecutar por todo el tiempo de su duracion, que es decir que ha de dejar de ser ejecutoria, ó ha de tener la virtud ejecutiva.

132 Las letras ejecutoriales, que segun el señor Salgado en la parte cuarta, capítulo 1.º, número 39 *de regia protectione*, (son aquellas que vulgarmente se llaman carta ejecutoria), se forman despues de dada y consentida la sentencia, y son en realidad un instrumento público, hecho por el notario, en que se contiene la suma de los autos y del proceso, el que se entrega á la parte que ha obtenido sentencia favorable para que pida su ejecucion, y lo mismo espresan los autores á que se refiere. Tambien dice que las ejecutoriales no se diferencian del mandamiento ejecutivo; pero por costumbre se ha introducido que de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada se formen las ejecutoriales; si, pues, las ejecutoriales ó ejecutorias es un instrumento público, formado por el notario ó escribano de la causa despues de pasada la sentencia en autoridad de cosa juzgada, á fin de que la parte que ha obtenido en juicio pueda pedir que se lleve á ejecucion la sentencia, se sigue por una consecuencia legítima que la ejecutoria por su naturaleza y esencia lleva consigo la virtud ejecutiva, de forma que no pueda perderla ínterin que exista y permanezca la ejecutoria; es asi que la ley quiere y ordena que no se prescriba esta por menos espacio que el de vein-

te años, con que por el mismo tiempo ha de permanecer ejecutoria.

133 Mas claro, ó la ejecutoria es lo mismo que la accion sobre que recae, ó una cosa distinta de ella; si lo primero, habria sido escusado que la ley hubiera hecho mencion de ella, habiendo señalado á la accion el período de tiempo que por lo menos necesitaba para poderse prescribir; si lo segundo, esto es, si la ejecutoria es distinta de la accion sobre que recae, como es preciso confesar, es indispensable reconocer que su duracion ha de ser por igual tiempo que el de la accion sobre que ha recaido, señalándoles la ley á una y otra igual número de años para poderse prescribir.

134 Aunque Antonio Gomez es de dictámen que la ejecutoria dada sobre accion personal necesita por lo menos veinte años para que se prescriba su virtud ejecutiva, padece una notable equivocacion en afirmar como afirma que la accion personal sobre que ha recaido la ejecutoria dura por veinte años, y por otros tantos el derecho ejecutivo que nace de ella, de que vendria á resultar inferirse que la accion personal, en el caso que hubiera recaido sobre ella ejecutoria, habria de durar cuarenta años, ó caso que solo durase veinte, la duracion de la ejecutoria habia de ser de cuarenta, pues de otro modo no podia verificarse que la accion personal durase veinte años, y otros veinte distintos de los primeros la ejecutoria; las palabras de Gomez son las siguientes: *quod si est actio personalis, super quam fuit lata sententia condemnatoria in favorem creditoris, quod illa prima actio &c., obligatio personalis durat per viginti annos &c., jus exequendi, quod ex ea oritur per alios viginti.*

135 Tambien se equivoca este autor cuando espresando el segundo sentido que atribuye á la ley, reducido á que la accion y obligacion personal que nace de nuevo de la sentencia, y el derecho ejecutivo que produce la misma dura por veinte años, afirma que tanto la primera esposicion como la segunda son verdaderas, porque habiendo hecho ver que los veinte años que en la primera esposicion atribuye y da de duracion á la accion y obligacion personal, en el primer sentido son distintos de los de la ejecutoria, no puede menos de estar en oposicion este sentido ó interpretacion con el segundo, en que admite la duracion de la accion personal por veinte años, y por otros tantos (sin espresar que sean distintos) los de la ejecutoria, y siendo opuestos y contrarios entre sí estos dos sentidos, es imposible que uno y otro sean verdaderos.

136 Todavia es mas arbitraria é infundada la tercera inteligencie ó esplicacion que pretende dar á la disposicion de la ley, contrayéndola á que la accion ú obligacion personal que está puesta ó inserta en un instrumento público de escribano con cláusula cuarenticia, la accion y obligacion dura por veinte años, dando por razon que en tal caso está junta y corroborada con el derecho de ejecutar. Aunque esta esplicacion es ambigua y confusa por la generalidad con que está concebida, procuraré indagar su verdadera inteligencia.

137 La esplicacion de Gomez puede tener uno de dos sentidos: el primero que la accion y obligacion personal cuando consta de un instrumento cuarenticio, dura ó necesita para prescribirse por lo menos veinte años, y en tal caso es manifiestamente falsa, porque aun cuando la accion y obligacion personal no resulte de instrumento cuarenticio, su duracion se estiende á los veinte años, pues de lo contrario habria de decirse que la obligacion personal cuando nace de un papel simple no necesitaba para prescribirse por lo menos el período de veinte años, y de consiguiente todas las doctrinas que quedan arriba referidas acerca de si el reconocimiento del papel simple, hecho despues de los diez primeros años de la obligacion, producia ó no el derecho ejecutivo, porque si despues de este término estaba ya prescripta la accion, en vano era entrar á disputar si el reconocimiento de una obligacion prescripta producia ó no el derecho ejecutivo, y se contravenia clara y manifiestamente á la adicion que se hizo á la presente ley de Toro al tiempo de insertarla en la Recopilacion, en la que con referencia á la parte en que se disponia que la accion personal se prescribiese por el transcurso de veinte años, se ordena lo siguiente: "lo cual se guarde sin embargo de la ley del Rey don Alonso, nuestro progenitor, que puso que la accion personal se prescribiese por diez años."

138 El segundo sentido que puede tener la esplicacion de Gomez es que el instrumento cuarenticio conserve la virtud ejecutiva por el transcurso de veinte años, y tambien es manifiestamente falso, porque siendo el instrumento cuarenticio de la cla-

se ó especie de los ejecutivos, está comprendido en la primera parte de la disposicion de la ley que limita á diez años el derecho de ejecutar sin poner escepcion ninguna en contrario.

139 Véase ahora cuán equivocado estuvo Carlebal cuando en el número 9.º y siguiente del lugar citado, refiriendo la esposicion que hicieron á la ley de Toro Diego del Castillo, Perez, Acevedo y Parladorio, afirma que se adhiere á la esposicion de Gomez, que es mas propia, natural y acomodada al claro y espedito sentido de las palabras, sin violentar su letra, como lo hacen los autores que se separan de dicho autor, pretendiendo por ambages y rodeos darle otra inteligencia.

140 Tampoco es cierta la opinion de Acevedo y de los que le siguen, porque en ella establece, como principio constante, que todo derecho de ejecutar se prescribe por el transcurso de diez años, lo que manifiestamente es falso, como se hecha de ver en la ejecutoria, á quien no puede negársele la cualidad, ó mas bien la naturaleza de derecho de ejecutar, y sin embargo dura, ó no puede prescribirse por menos tiempo que el de veinte años, como espresa y literalmente lo dispone la ley, de que claramente se convence no es cierta la opinion que generalmente establece que el derecho de ejecutar se prescribe por el tiempo de diez años.

141 Nada aprovecha contra esto la esposicion que pretende dar á la ley Parladorio en el libro 1.º, capítulo 1.º, §. 14, número 10, *rer. quot.*, donde dice que la accion personal sobre que ha recaido la ejecutoria separada y sola se prescribe por veinte años, y la ejecutoria por diez, porque dicha esposicion envuelve y lleva consigo un gravísimo inconveniente, como voy á manifestar: supongámos que el que obtuvo á su favor la ejecutoria dejó pasar los diez primeros años sin haber pedido la ejecucion, y en tal caso se pregunta á Parladorio de qué medio deberá valerse el que consiguió la ejecutoria para pedir su crédito dentro de los diez años restantes, en que estinguida la ejecutoria dura la accion personal ordinaria segun su opinion, y es indispensable que responda que deberá usar de un juicio ordinario, pues el ejecutivo ya no podia tener lugar, por no existir la ejecutoria, y entonces se incurria en el gravísimo inconveniente, si acaso no debe mejor llamarse absurdo, de que despues de obtenida sentencia en un juicio ordinario se principiase otro de la misma especie y con la misma accion.

142 En comprobacion de esta verdad está la ley 1.ª, C. *quando provocare non est necesse*, en donde dispone el Emperador Alejandro que la sentencia dada contra otra, de que no se apeló, no tiene autoridad alguna, de que claramente se deduce que obtenida la ejecutoria de una sentencia de que no se apeló era escusado volver á demandar en juicio la misma cosa, porque si la sentencia segunda era contraria á la primera nada aprovechaba, y si conforme escusada é inútil, pues nada conseguia por ella sino lo que ya se le habia declarado pertenecerle. Lo mismo substancialmente se estableció por el Emperador Diocleciano en la ley 5.ª, C. *de re judicata*, en donde se dispone que la autoridad de la cosa juzgada no permite que se vuelva á instaurar de nuevo.

143 Siguiendo este mismo principio nuestro derecho real de las partidas, se ordena en la ley 15, tít. 11 de la partida 3.ª, que si el pleito fuere librado por juicio de que no se alzase ninguna de las partes no se podria revocar por cartas ni por pruebas que fallase despues de nuevo, y mas concretamente en la ley 13, título 22 de la misma partida se dispone "que si juicio fuese dado contra alguno de que ninguna de las partes no se alzasen é despues movieren aquellas mismas partes otra vez el pleito sobre aquella cosa misma, ó en aquella manera, é diesen otro juicio contra el primero, decimos que no vale el segundo;" lo que convence hasta la evidencia que obtenida ejecutoria en una causa, y prescripta esta por el transcurso de diez años, como pretende Parladorio y los demas que se han citado arriba, era bien ocioso é inútil que permaneciese la accion personal ordinaria por otros diez años despues de prescripta la ejecutoria, si estinguida esta era inútil que demandase en juicio ordinario con la misma accion la cosa que ya se habia declarado pertenecerle, porque segun la ley citada si el segundo juicio era contrario al primero no debia valer, y si conforme inútil y supérfluo.

144 Bien penetrado de la solidez de esta doctrina el señor Gregorio Lopez, comentando la ley 1.ª del tit. 27 de la partida 3.ª, dice en la nota 5.ª que la ejecucion de la ejecutoria no se debe pedir en juicio ordinario sino por el oficio del juez

ó por la accion *in factum judicata*, que siempre trae aparejada la ejecucion, dando por razon que de este modo se evita que nazcan pleitos de los pleitos, y se consigue que la sentencia prontamente se lleve á ejecucion.

145 El señor Salgado, aunque de paso, trató de la esposicion de la presente ley en la parte que habla del derecho ejecutivo que nace de accion personal y de la ejecutoria dada sobre la misma, pero tuvo la desgracia de no proceder con el acierto que era de esperar de su mucha instruccion en la materia. En la parte 4.ª, cap. 2.º, número 9.º *de regia protectione*, se esplica en estos términos: el derecho de ejecutar por obligacion personal se prescribe por diez años, é igualmente el derecho ejecutivo que dimana de la cosa juzgada sobre accion personal junto con la misma se prescribe por veinte años, y á continuacion cita un largo catálogo de autores nacionales que supone dicen lo mismo; pero esceptuado Antonio Gomez, todos los demas opinan que la ejecutoria dada sobre accion personal solo dura el período de diez años.

146 Conviene notar aqui que este autor exige como condicion precisa para que el derecho ejecutivo que nace de la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada ó de ejecutoria sobre accion personal, no pueda prescribirse por menos tiempo que el de veinte años, que vaya acompañada á este junta con la misma accion personal, con lo que da á entender á mi parecer que el derecho ejecutivo ó ejecutoria dimanada de sentencia sobre accion personal podria alguna vez verificarse que estaba separado de ella, lo que á la verdad no es fácil de concebir, porque la sentencia no destruye la accion personal deducida en juicio, antes bien la declara, confirma y aprueba, naciendo de la sentencia la nueva accion *in factum judicata*, como observa Heineccio en el título de las instituciones *de officio judicis* en sus recitaciones, §. 1339.

147 El mismo señor Salgado en el número 50 del lugar citado, refiriendo una opinion de Valdés en las adiciones á Rodrigo Suarez, con relacion á la ejecutoria, afirma en un paréntesis (que esta dura por diez años, segun la ley 63 de Toro, y he dicho arriba). Aqui se ve que el derecho ejecutivo proveniente de ejecutoria sobre accion personal lo reduce y limita al período de diez años, siendo asi que antes lo habia estendido al de veinte. Si esta variacion proviene de inadvertencia, cometió un descuido, y si la hizo arrepentido de su primer dictámen, incurrió en un error; sea lo que fuere, esto prueba el poco cuidado y atencion que merece á nuestros autores la verdadera inteligencia de las leyes reales, que mas parece la citan por erudicion que para instruccion de las materias que tratan, cuando este mismo autor en el número 21 del lugar ya citado tratando de conciliar una opinion de la Rota romana, que declaró que para prescribir el derecho ejecutivo eran necesarios diez y ocho años con el derecho comun que exige treinta, afirma que oprimido en gran manera con aquella dificultad, y meditando profundamente para vencerla, le costó sudar. Ciertamente que no hubiera estado menos bien empleado este trabajo en la esplicacion é inteligencia verdadera de la ley de Toro que en la decision de la Rota romana.

148 Tambien se echa de ver padeció equivocacion Acevedo y los autores que se han citado arriba de su misma opinion, cuando al número 3.º de la ley 6.ª, tít. 15, lib. 4.º de la Recopilacion reduce y limita el tiempo de la ejecutoria dada sobre accion personal, hipotecaria y mixta de real y personal al tiempo de diez años, fundándose en el número 1.º, en que habiéndose establecido al principio de la ley que el derecho de ejecutar se prescribiese por el tiempo de diez años, esta disposicion se habia de entender como una máxima ó regla que se estendia á lo que despues se ordenaba á continuacion, sin advertir que cuando la ley dispone que el derecho de ejecutar se prescriba por diez años, habla y se contrae al que proviene de accion personal, é igual limitacion hace cuando señala á la ejecutoria para su duracion el término de veinte años, contrayéndola á la que recae sobre accion personal; y como la accion hipotecaria ó mixta de real y personal participa de la naturaleza de la accion personal, de aqui es que la ejecutoria dada sobre accion hipotecaria ó mixta de real y personal debe durar el mismo período de tiempo de veinte años, por verificarse que recae sobre accion personal.

149 No sucede lo mismo en la ejecutoria que recae sobre accion real, pues no disponiendo acerca de este caso cosa alguna la ley, debe estarse á lo dispuesto por el derecho comun, y como por este dere-

cho la ejecutoria no se prescribe por menos de treinta años, segun lo reconoce el mismo Acevedo en el número 1.º, dando por razon que el derecho ejecutivo se ejercia por el oficio del juez, el que duraba por espacio de treinta años, y cita en su comprobacion la ley 3.ª, C. *de prescriptione triginta, vel quadraginta*, y con la autoridad de Antonio Gomez en la presente ley, y de Olano en la concordia de las antinomias *verbo: jus exequendi*, números 57 y 58. La misma verdad reconoce el señor Salgado en el número 21 del lugar citado arriba, donde advierte al lector que no se aparte de la regla del derecho comun que dicta que el derecho de ejecutar que proviene de la cosa juzgada y de sus ejecutoriales, ó de otra cosa, no se prescriba sino por el silencio de treinta años, y del mismo sentir son comunmente los autores regnícolas y estrangeros que hablan en la materia.

150 Tambien reflexiona dicho señor Salgado al número 12 del mismo lugar citado, con otros, y Parladorio en el lib. 1.º, *rerum quot.*, cap. 1.º, §. 13, número 10, que como la disposicion de la ley de Toro se limita al derecho de ejecutar que proviene de accion personal y sea correctoria, no debe ampliarse y estenderse á los casos no espresados en ella, y asi el derecho de ejecutar que provenga de accion real quedó intacto y bajo las reglas del derecho comun, de forma que no se prescriba por menos de treinta años.

151 De aqui se infiere padeció tambien equivocacion Carlebal, cuando en el número 11 de la disputacion 4.ª ya citada, afirma que la ejecutoria sobre accion real ó mixta dura treinta años, segun la ley de Toro, porque como queda manifestado, la ejecutoria sobre accion mixta de real y personal está comprendida en la disposicion de dicha ley, en que señala á la ejecutoria dada sobre accion personal el tiempo de veinte años, y como la accion mixta participa de la naturaleza de la accion personal, no puede menos de entenderse comprendida en su disposicion, y de consiguiente su duracion no debe ser de treinta, sino de veinte años.

152 En comprobacion de que la accion hipotecaria ó mixta de real y personal estan comprendidas en la primera parte de la ley que dispone que el derecho de ejecutar se prescriba por diez años, y en la segunda que la ejecutoria dada sobre accion personal dure por veinte, se ve que en la tercera parte solo se limita á señalar la duracion que ha de tener la obligacion hipotecaria ó la mixta de real y personal, sin hacer la mas mínima mencion del tiempo en que se habia de prescribir el derecho de ejecutar dimanado de estas acciones, cuyo silencio indica que lo dispuesto acerca de la duracion que habia de tener el derecho de ejecutar dimanado de accion personal debia estenderse y regir respecto de la accion hipotecaria y mixta de real y personal, porque como se ha dicho ya en estas dos especies de acciones se verifica que interviene accion personal, y por lo tanto debia tener lugar la misma regla.

153 En corroboracion de esta verdad obsérvese que el derecho de ejecutar en virtud de una escritura de censo en que haya hipoteca se prescribe por diez años el derecho de pedir las pensiones devengadas, como generalmente se observa en la práctica, y si la ley no comprendiera este caso deberia estenderse la duracion del derecho ejecutivo hasta treinta años, segun lo establecido por derecho comun; de que debe inferirse que si sobre un contrato censuario se siguiera un juicio ordinario y se ejecutoriase la sentencia á favor del censualista, el derecho de ejecutar, en virtud de dicha ejecutoria, deberia limitarse al período de veinte años, siendo asi que por derecho romano se estendia á treinta.

154 En suma, toda la disposicion de la presente ley se reduce á estos cuatro puntos: que el derecho de ejecutar dimanado de accion personal se prescriba por diez años: que la accion personal dure por veinte: que la ejecutoria que recae sobre la misma tenga igual duracion; y que la obligacion hipotecaria y mixta de real y personal no se prescriba por menos de treinta años; de que se deduce que la presente ley fue correctoria del derecho civil en la parte que limitó el derecho de ejecutar por accion personal á diez años, y tambien lo fue en la que redujo la accion personal y la ejecutoria dada sobre ella á veinte, como se manifiesta entre otras leyes por la 5.ª, C. *quibus non objic. long. temp. prescript.*, y dejó en su fuerza y vigor el período que se necesitaba por derecho civil para prescribir la accion hipotecaria y mixta de real y personal, que es el de treinta años, segun la ley *hereditatis*, C. *de petitione hereditatis*, y la 3.ª, C. *in quibus causis cessat long. tempor.*

prescriptio, y tambien puede reputarse correctoria del mismo derecho civil en la accion hipotecaria, la cual cuando la cosa hipotecada estaba en poder del deudor ó sus herederos duraba por cuarenta años, segun la ley 7.ª, C. *de prescriptione triginta vel quadraginta annorum*, con quien conviene la ley 27, tít. 29, partida 3.ª, á diferencia de cuando la cosa hipotecada ha pasado al tercer poseedor, que entonces basta la prescripcion de treinta años, y generalmente basta este período de tiempo para las prescripciones de todas las acciones, segun generalmente se establece en la ley 3.ª, C. *de prescriptione triginta vel quadraginta annorum*, en que se comprenden las acciones reales para en caso de que no baste para ellas la prescripcion *long. temp.*, sino que sea necesaria la de *longissimi*, como lo observa Cujacio al principio del Comentario de dicho título del código, donde dice que donde no basta la prescripcion de largo tiempo sucede en su lugar la del muy largo, que es de treinta años.

155 Lo dicho tiene lugar y debe regir cuando se trata de prescribir un derecho, remedio ó accion para pedir y cobrar alguna deuda del que no tiene ni derecho ni título, porque si lo tuviese y posee la cosa agena con título y buena fé, entonces debe regir lo que se observa en la materia propia de las prescripciones usucapiones, como juiciosamente lo advierte Gomez al fin del Comentario de esta ley.

156 Continuando Parladorio la esposicion de esta ley afirma en el número 5.º del §. 12 del lib. 1.º, cap. 1.º, que las pensiones ó prestaciones anuas que provienen de estipulacion ó contrato, se prescriben por el transcurso de los diez primeros años, de forma que en ellas se estinga el derecho de ejecutar, no solo en cuanto á las devengadas sino en las que se devenguen en lo subcesivo, dando por razon que en el caso de que las pensiones ó prestaciones provienen de estipulacion ó contrato, así como es una sola la obligacion, debe bastar para estingirlas una prescripcion. Cita en corroboracion de su opinion algunos testos del derecho canónico y civil, y tambien la autoridad de Gomez en el tomo 2.º, capítulo 11, número 44, de sus varias resoluciones.

157 Se hace cargo de que un glosador antiguo ultramontano llamado Martino es de opinion contraria, á quien siguen algunos de los citramontanos, y despues de intentar evadir la decision de la ley 7.ª, §. 4.º y 6.º, C. *de prescriptione triginta vel quadraginta annor.*, que está terminante en el asunto, concluye que su opinion es mas verdadera y está comunmente recibida; pero don Gonzalo de Paz, en la práctica eclesiástica y secular, tomo 1.º, partida 4.ª, cap. 3.º, número 16, desmiente la asercion de Parladorio afirmando que siempre vió observarse en la práctica que aunque las pensiones devengadas despues de los diez años primeros se pidiesen por la via ordinaria, las que sucesivamente se devengaban se pedian por la via ejecutiva, y pretende que la especie de que trata Antonio Gomez es distinta y no se debe aplicar á los réditos anuales, que por tener un tracto sucesivo cada año empiezan á deberse, y á fin de precaver esta duda aconseja se use de la cautela que proponen Cifuentes y Castillo en el Comentario á esta ley, verbo, *diez años*, que se reduce á que el deudor renuncie el derecho de prescribir pasados los diez años. La práctica que regia en este punto en tiempo de Paz la vemos contínuamente repetida y observada en el presente, pidiéndose por la via ejecutiva las nueve pensiones y medias últimas devengadas, quedando el acreedor en disposicion de hacer otro tanto para la sucesiva.

158 Comentando Cujacio la ley 7.ª, C. *de prescriptione triginta vel quadraginta annor.*, es de la misma opinion que Martino, dando por razon que las pensiones que se deben de estipulacion, legado ú otra causa cada año ó mes, el dia de la prescripcion empieza á contarse, no desde el principio de la obligacion, sino desde el dia en que se venza la pension; de forma que el que cesó por muy largo tiempo desde aquel dia pierde aquella pension por la prescripcion, pero no la del dia siguiente (que dice), es la decision del párrafo último de la espresada ley, bien entendida por Martino, sin hacer diferencia entre la estipulacion y legado, de manera que bien se deban las pensiones por legado ó estipulacion, cuantas sean las pensiones, otras tantas son tambien las acciones, aunque sea una la estipulacion, porque no nacen todas juntas y á un tiempo: hasta aquí Cujacio: Antonio Perez en el Comentario al título del C. *de prescriptione triginta vel quadraginta annor.*, número 10 y siguiente, es de

la misma opinion que el glosador Martino, é insinúa las mismas razones de Cujacio, siendo de advertir que Parladorio reconoce al número 7.º del §. 13 que en los legados anuos aunque pasen muchos años siempre tiene lugar la ejecucion por las pensiones de los nueve próximos años.

159 Por último, concerniente á este punto es de advertir que Febrero en la parte 2.ª, cap. 4.º, §. 4.º, de la librería de Escribanos, número 73, corrobora y confirma la práctica que supone Paz, y afirma que el derecho de ejecutar por las pensiones de censos solo se prescribe por las devengadas despues de los diez primeros años, pero no para las que sucesivamente se vayan devengando, y lo mismo repite en el tomo 3.º, lib. 3.º, cap. 2.º, §. 4.º de los cinco juicios, núm. 215.

160 Es tambien duda concerniente á la inteligencia de la presente ley, si el instrumento para que traiga aparejada ejecucion ha de ir acompañado de la cláusula cuarenticia, ó bastaría que sea público otorgado por escribano numerario ó real. Esta duda la suscitó y resolvió Segura, afirmando que para pedir la ejecucion en virtud de un instrumento público era necesario fuese acompañado de la cláusula cuarenticia: esta cláusula, segun Paz en el tomo 1.º, part. 4.ª, cap. 1.º, número 10 de su práctica, se espresa con las siguientes palabras: "damos poder á todos y á cualesquier jueces y justicias ante quien la presente carta fuere presentada para que sobre lo contenido en la dicha carta hagan ejecucion en nuestras personas y bienes, asi y tan cumplidamente como si contra nosotros fuese dada sentencia difinitiva por juez competente y fuese por nosotros consentida y pasada en autoridad de cosa juzgada."

161 Rodrigo Suarez, en la esposicion de la ley *post. re judicata*, es de la misma opinion que Segura y tambien el señor Covarrubias en el lib. 2.º, cap. 11, númo 3.º, de sus varias resoluciones, y pretende que la ley real que concede ó declara la virtud ejecutiva al instrumento público se ha de entender al uso de Italia y de todo el orbe cristiano, á causa de que todos los instrumentos públicos, segun Bartolo, llevan consigo la cláusula cuarenticia, y aunque reconoce que con razones y derechos se puede defender que la ley real concedió la virtud ejecutiva á los instrumentos públicos por el hecho de ser escrituras públicas, aunque no lleven la cláusula cuarenticia, esto no obstante, afirma que está tan recibida en la frecuentísima práctica del foro su opinion, que ya no queda motivo alguno para dudar de ella.

162 En comprobacion de la misma alega la ley 5.ª, tít. 21, lib. 4.º de la Recopilacion, en que se hace alguna referencia á la ley real que trata de la ejecucion de los contratos cuarenticios (es la ley 2.ª del mismo título). De que infiere que como la ley real que habla de la ejecucion de los instrumentos se refiera á los contratos cuarenticios, se deduce manifiestamente, y sin ninguna duda, que no tendrá lugar dicha ley en los contratos que no sean cuarenticios. Aunque esta esplicacion del señor Covarrubias sea bastantemente confusa y obscura, como se deja conocer, lo que quiso dar á entender fue que la ley 5.ª, habiendo dado ó declarado á los conocimientos reconocidos y á las confesiones hechas en juicio ó ante juez competente la virtud ejecutiva, ordena que las justicias las ejecuten conforme á la ley de Toledo, que habla sobre la ejecucion de los contratos cuarenticios, siendo asi que la espresada ley de Toledo, que como se ha dicho, es la 2.ª del mismo título, solo hace mencion de cartas, contratos públicos y recaudos ciertos de obligaciones, sin usar de espresion alguna alusiva á cláusula cuarenticia.

163 Paz en el tomo 2.º, part. 4.ª, cap. 1.º, núm. 9.º de su práctica, sigue en todo la opinion del señor Covarrubias, y cita por la contraria á Castillo, Palacios Ruvios, Avendaño y Antonio Gomez en la ley 64 de Toro, número 4.º, donde despues de referir la opinion de Segura y Rodrigo Suarez, afirma que él es de contrario dictámen, y que el instrumento público en su tiempo tenia la virtud ejecutiva aunque no contuviera la cláusula cuarenticia, segun la ley 4.ª, tít. 8.º, lib. 3.º del ordenamiento real, y por la presente ley; y asegura que asi se practicaba.

164 Conviene notar de paso que estos dos graves y respetables autores, el señor Covarrubias y Antonio Gomez, que vivieron y escribian á un mismo tiempo, con corta diferencia, cada uno nos atestigua y asegura de una práctica contraria á la del otro, lo que conviene tener presente para estimar y graduar el poco aprecio y desconfianza que debe hacerse ó tener en las prácticas que nos aseguran los escritores

en apoyo de su propio dictámen.

165 Colon en su instruccion de Escribanos en el tom. 1.º, lib. 2.º del juicio ejecutivo, tratando de los recados que traen aparejada ejecucion, cuenta entre ellos la escritura pública otorgada con las solemnidades y requisitos en derecho necesarios, y añade aunque le falte la cláusula cuarenticia, dando por razon que asi lo resuelve la ley 19, tít. 21, lib. 4.º de la Recopilacion; pero advierte que lo mas seguro es poner en el instrumento dicha cláusula. En la ley que cita Colon se propuso declarar don Felipe II la forma que se debia tener y observar en las ejecuciones, y únicamente hace mencion de los contratos públicos y de otras escrituras que la traen aparejada, de que se infiere con bastante fundamento que el legislador tuvo por suficientes y bastantes para despachar la ejecucion los contratos meramente públicos sin llevar la cláusula cuarenticia, pues esta no les da la cualidad de públicos, antes bien la supone.

166 Febrero en el tomo 3.º, cap. 2.º, §. 1.º, número 2.º, del juicio ejecutivo, tratando de los instrumentos que traen aparejada ejecucion, numera el instrumento público ú auténtico que haga fé, sin espresar otra cualidad, y cita la ley 1.ª y 2.ª del espresado tít. 21, lib. 4.º de la Recopilacion, y tambien á Parladorio en el libro 2.º, capítulo final, parte 1.ª, §. 11, donde examina detenidamente este punto, citando por una y otra opinion varios autores, y responde á las razones del señor Covarrubias, y otras que se alegan en su favor; pero sin embargo, se aparta de su opinion y sostiene que la contraria está mas recibida y es mas comun.

167 Yo en esta duda tengo por mas fundada la opinion de los autores que acabo de referir, y en corroboracion de ella voy á hacer una reflexion que tengo por original en la materia por no haberla visto en ninguno de los autores que he tenido á la mano para formar este Comentario.

168 La cláusula cuarenticia, en realidad, no es otra cosa, como hemos visto por la descripcion que se ha hecho de ella, que una sentencia difinitiva dada por juez competente, consentida por la parte y pasada en autoridad de cosa juzgada, que entre nosotros y por la ley de Toro se llama ejecutoria; es asi que la ejecutoria por la espresada ley dura y conserva por veinte años la virtud ejecutiva; con que si el instrumento público para que sea ejecutivo ha de llevar la cláusula cuarenticia, ó lo que es lo mismo ha de tener la misma virtud que la ejecutoria, su duracion deberá ser, no de diez años como espresa la ley, sino de veinte. Se confirma esto mismo con la doctrina de Parladorio en el lib. 2.º, capítulo último, parte 1.ª, §. 1.º y 2.º, donde hablando de la virtud de la cosa juzgada, dice que es tan cierto que es ejecutiva, que lo ven y saben hasta los ciegos y esquiladores, y afirma que la sentencia se diferencia y distingue de la cosa juzgada como la causa del efecto, de que infiere que de la cosa juzgada nace una nueva accion, que por algunos se llama *in factum*.

169 Todavia ocurre otra duda acerca de la inteligencia de esta ley, que propone Gomez al fin de su Comentario, reducida á si por ella se ha abolido y ha cesado la perpetuidad de las acciones, y resuelve que si fundándose en que por derecho comun si el acreedor pide contra su deudor por la accion que le corresponde, se perpetúa por la conclusion del pleito, y con mayor razon por la sentencia, estendiéndose al tiempo de cuarenta años, como se dispone en la ley última, C. *de prescriptione triginta vel quadraginta annor.*, y al presente por la ley de Toro no se perpetúa la accion sino que dura menos período de tiempo, esto es, de veinte años, lo que dice Gomez que debe entenderse cuando se trata de prescribir un derecho, remedio ó accion para pedir una deuda que el acreedor tiene contra otro que no tiene derecho ni título, porque si lo tuviese y posee la cosa con título y buena fé, entonces debe regir lo dispuesto en la materia de prescripcion y usucapion, esto es, que se prescriba por diez años entre presentes, y por veinte entre ausentes.

170 Para la inteligencia de esta duda conviene recordar lo que indiqué al principio de este comentario, á saber: que las acciones perpetuas se llaman asi, no porque duran siempre, sino porque no se prescriben por menos tiempo de treinta años, ley 3.ª, C. *de prescriptione triginta vel quadraginta annor.*, y temporales se dicen aquellas cuya duracion no pasa de veinte años, ley única C. *de usucapione transf.*

171 Parladorio trata esta duda en el lib. 1.º, cap. 1.º, §. 14, número 4.º, *rerum quotidianarum*, y distingue de este mo-

do, si la accion personal fuere deducida en juicio, y este no se terminase, vuelve á distinguir si empezó el juicio por la citacion ó por la contestacion; si lo primero dice que se interrumpe la prescripcion, pero no se perpetúa la accion; pero si llegó á contestarse la demanda, no solo se interrumpe la prescripcion, sino que se perpetúa la accion por otros cuarenta años, si en ellos no se hubiere concluido el pleito, y cita en comprobacion la espresada ley última C. *de prescript. triginta vel quadraginta annorum*, y sostiene que se engañó Gomez cuando opinó que por la ley de Toro creyó que se habia estinguido y derogado la perpetuidad de las acciones, fundándose en que no perpetuándose la accion por la cosa juzgada, segun dicha ley de Toro, mucho menos debia perpetuarse por la contestacion de la demanda, á que satisface Parladorio diciendo que no es legítima la ilacion, dando por razon que en el seguimiento del pleito pueden ocurrir muchos casos que retardan su prosecucion, segun dice que lo indica el Emperador en la enunciada ley del código, y por lo tanto era justo y debido que á la accion se le diera un tiempo mas largo de vida, pero en el caso de estar ya dada la sentencia y concluido el litigio, no hay ningun impedimento que estorbe al actor hacer valer su derecho, y por lo tanto se reduce y minora en este caso la duracion y vida de la accion.

172 Esta diversidad y diferencia afirma que la notó ya el señor Menchaca, libro 1.º, §. 10, número 32 *de succ. creatione*, y Diego Perez en la ley 3.ª, tít. 13, lib. 3.º, *est. de incess.* del ordenamiento, de que concluye que no se debe decir que por la ley de Toro se derogó la perpetuidad de las acciones. Don Juan Álvarez Posadilla sigue la opinion de Gomez en el Comentario á esta ley, pero yo tengo por mas fundada la de Parladorio.

173 En tanto grado es cierto que por la contestacion de la demanda se perpetúan las acciones, que se ve comunmente en los tribunales que un pleito contestado y suspendido por ciento ó doscientos años se prosigue á instancias de cualquiera de las partes, solo con citar á la otra por retardado, lo que prueba concluyentemente que por la contestacion de la demanda las acciones perpetuas no se hicieron temporales ni por la ley de Toro ni por la práctica generalmente recibida en los tribunales de España.

174 Otra igual dificultad ofrece la duda de si por la presente ley se derogó lo establecido en la ley 7.ª, C. *de prescriptionibus triginta vel quadraginta annorum*, confirmada por la 27, tit. 29, partida 3.ª, donde á la accion hipotecaria se le señalan cuarenta años de duracion, cuando se intenta contra el deudor ó sus herederos, y treinta cuando se dirige contra los estraños, y la razon de dudar se funda en que si la accion hipotecaria es accesoria á la personal, parece que implica que prescripta la accion principal se conserve la accesoria, y como por la presente ley queda prescripta la accion personal por veinte años, no parece debia durar por mas tiempo la hipotecaria.

175 Parladorio en el lib. 1.º, cap. 1.º, §. 16 *de usucapionibus*, trata este punto, y resuelve que la accion hipotecaria dura todavia cuarenta años, esto es, que el deudor ó sus herederos no pueden prescribirla por menos tiempo que el de cuarenta años, segun las leyes citadas, y se funda para ello en que la ley no trata de la prescripcion contra la hipoteca, sino del débito, y asi dice, pero donde en la obligacion hay hipoteca, la deuda se prescribe por treinta años. La deuda propiamente se entiende y toma por la accion personal, de que infiere que esta ley, correctoria de las acciones personales, no se debe estender á las reales, porque puede suceder que prescripta la accion personal, aun dure la hipotecaria, como lo afirma Balvo en el lugar que se le cita.

176 Aunque esta opinion de Parladorio parezca fundada, ciertamente no puede sostenerse si se reflexiona que la ley de Toro indistinta y generalmente señala á la accion hipotecaria treinta años de duracion, ó para prescribirse sin distinguir de cuando la hipoteca permanece en poder del deudor ó de sus herederos, ó de cualquier estraño, y donde la ley no distingue tampoco se debe distinguir.

177 Tiene razon Parladorio en decir que puede darse caso en que prescripta la accion personal, dure la hipotecaria, como sabiamente lo esplica Cujacio en el Comentario á la ley 7.ª *de prescriptionibus triginta vel quadraginta annorum*, en donde hace ver con ejemplos y leyes terminantes esta verdad, manifestando que la accion hipoteca-

ria no es accesoria á la personal, sino que existe por sí, y es de diferente naturaleza y cualidad, á diferencia de lo que sucede en la fianza que estinguida la deuda, ella tambien se estingue, con lo que se salva aquella regla que se alega de que estinguido lo principal, comunmente cesa lo accesorio, á causa de que la accion hipotecaria, siendo por su naturaleza real, no puede ser accesoria á la obligacion personal, lo que no sucede en la obligacion del fiador, la que por ser personal cesa y se estingue fenecida la obligacion personal, de que es accesoria.

178 Todavia se hace demostrable la falsedad de la opinion de Parladorio con las mismas palabras de la ley de que se vale para apoyarla, porque en ella se dice que donde en la obligacion hay hipoteca, la deuda se prescriba por treinta años: si, pues, segun la espresion literal de la ley, la deuda se prescribe por treinta, ¿á qué fin se habia de conservar por diez mas la accion hipotecaria? ¿acaso podria pedirse por ella una deuda que ya no existia por estar legítimamente prescripta?

179 Otra cosa seria si la accion hipotecaria no se constituyese para la satisfaccion de alguna deuda, sino para seguridad de cosa que se ha vendido, prestado ó permutado, que entonces serian necesarios cuarenta años para su prescripcion, segun las leyes citadas, y Acevedo en el número 43 de la presente ley, la que ciertamente no habla de este caso, segun el mismo Acevedo, que pretende que en el caso de que la accion hipotecaria no se ha constituido para satisfaccion de deuda, sino para seguridad de venta, préstamo ó permuta, deberán ser necesarios cuarenta años para la prescripcion, como antes se prevenia, fundándose para ello en que la ley dice deuda, de que infiere que donde no hay deuda que se intente prescribir, no tiene lugar la disposicion de la ley. Sea ó no cierta la opinion de Acevedo en este punto, que poco interesa para la verdadera inteligencia de la presente ley, lo que no puede dudarse es que unas veces se prescribe la accion personal permaneciendo la hipotecaria, y otras al contrario se estingue la hipotecaria conservándose la personal, como voy á manifestar.

180 Supóngase que un deudor constituyó una prenda ó hipoteca á favor de su acreedor, y que posteriormente el mismo deudor la hipotecó á un segundo acreedor, que es el caso que propone Cujacio al principio del Comentario de la ley citada del código, y en él resuelve que el primer acreedor tendrá la accion hipotecaria por el espacio de cuarenta años contra el segundo, porque este, viviendo el deudor, se entiende que posee en su nombre, y como este no podia prescribir la accion hipotecaria, por menos de cuarenta años, igual duracion de tiempo necesitaba para prescribir la accion hipotecaria el segundo acreedor, que como se ha dicho poseia en nombre del deudor, y en el caso que hubiera muerto este, y no quisiese el segundo acreedor usar del tiempo que habia poseido en nombre del deudor, le bastaria treinta años para prescribir la accion hipotecaria contra el primer acreedor, porque entonces se verificaba que no la poseia ni el deudor ni sus herederos, sino un estraño, como se dispone en la espresada ley 7.ª

181 En el mismo lugar esplica Cujacio cómo puede verificarse que estinguida la accion personal, dure aun la hipotecaria, segun la ley 1.ª y 2.ª, C. *de l. pignoris*, y propone el caso de que uno de dos herederos del deudor que hipotecó la cosa, satisface la parte que le corresponde en la deuda por razon de heredero, que entonces se estingue la accion personal contra este, y permanece la hipotecaria para repetir la parte que le falta al acreedor para reintegrarse de su crédito, por lo que la accion hipotecaria se llama individua ó indivisible.

182 Tambien hay casos en que por el contrario, estinguida ó prescripta la accion hipotecaria, permanece la accion personal contra el deudor, como espresamente se resuelve en la ley 1.ª, C. *si adversus creditorem prescript. opponatur.*

183 Por complemento de esta materia se ha de tener presente que la accion hipotecaria es real, segun se espresa en la ley 17 *ff. de pignoribus*, y en la 18, C. *eòdem*, y por lo tanto se prescribe como las demas acciones reales por el tiempo de diez años entre presentes y veinte entre ausentes, por terceros poseedores con justo título y buena fé, segun la ley 1.ª y 2.ª, *si adversus creditorem prescript. opponatur*, pero en caso de que falte el justo título y buena fé en el que haya de prescribir la accion hipotecaria, es cuando la ley 7.ª citada del código, y la de la partida señala

el período de treinta á cuarenta años para prescribirla, con la diferencia que indica de cuando la posee el deudor ó sus herederos ó algun estraño, pero como la ley de Toro no hace espresion de semejante distincion, sino que generalmente dispone que la accion hipotecaria no se pueda prescribir por menos de treinta años, es claro que este período quiso que rigiese igualmente para con el deudor y sus herederos, que para con los terceros poseedores, sin que aproveche decir que la ley no señaló el tiempo de treinta años como un término fijo suficiente para prescribir la hipoteca, sino que únicamente se limitó á prohibir que no pudiese prescribir por menos espacio que el de treinta años, esto es, no concedió que la prescripcion de la hipoteca se completase por treinta años, sino prohibió pudiese verificarse por menos de treinta años, con lo que quiso dar á entender que no corregia la disposicion del derecho civil y real, que determinaba el espacio de cuarenta años para que pudiesen el deudor y sus herederos prescribir la hipoteca, porque contra esto obra la disposicion de la misma ley, en que hablando del tiempo en que debia prescribirse la accion personal, espresa que sea por lo menos el de veinte años, y nadie ha puesto en duda hasta ahora que con esta espresion no solo prohibió que pudiese prescribir por menos de veinte años, sino que tambien limitó y fijó á este período de tiempo el que era necesario para la prescripcion de dicha accion.

184 Dije ya, y vuelvo á repetir ahora, que el derecho de ejecutar se prescribe con mala fé, porque esta prescripcion no recae sobre la obligacion, sino únicamente sobre el medio ó modo de pedirla, esto es, no estingue la deuda, sino solo el derecho de pedir ejecutivamente su satisfaccion. Otra cosa debe decirse en cuanto á la prescripcion de la accion ú obligacion, en la que se hace necesaria la buena fé del que prescribe, y aunque no pocos son de contrario dictámen, fundados á mas de las leyes civiles en la 27, tít. 29, partida 3.ª, sin embargo debe sostenerse lo contrario, como sólidamente le convence el señor Covarrubias en la segunda parte de la Recopilacion al cap. *possesor*, §. 11, fundado en el capítulo último y en el 5.º *decretalium de prescript.*, y en el cap. *novi. de judiciis*, de cuyo dictámen es tambien el señor Menchaca, número 1.º, test. *potencia*, §. 10, pretendiendo ambos autores que es necesario la buena fé para que en el fuero interno quede seguro el que alega la prescripcion. Cuya opinion no puede dudarse que es la mas segura, y en cierto modo la corrobora la ley 3.ª, tít. 15, libro 4.º de la Recopilacion, en que declarando una ley del fuero, espresamente dispone que en la prescripcion del año y dia, contra casa, viña ó heredad, es necesario el justo título y buena fé.

185 Por último, se advierte que el derecho de ejecutar puede renunciarse en favor de los deudores, como lo reconoce Gregorio Lopez en la ley 1.ª, tit. 29, partida 3.ª, glosa 1.ª, y Pariadorio, lib. 1.º, capítulo 1.º, §. 13, siendo como es introducido este derecho en beneficio de los acreedores en que ningun interes tiene el bien de la comunidad ó del público.

Ley LXIV de Toro; es la 3.ª, tít. 21, lib. 4.º de la Recopilacion.

Por cuanto en las ordenanzas que fecimos en la villa de Madrid, á cuatro dias del mes de Deciembre del año passado de mil é quinientos é dos años, hay una ordenanza, su tenor de la cual es este que sigue. Otro si por cuanto por la ley por nos fecha en las cortes de Toledo, ovimos ordenado que si los deudores, que deben algunas deudas en quien son fechas execuciones por contractos, obligaciones, ó por sentencias á pedimento de los creedores en los deudores, ó en sus bienes alegaren paga, ó otra escepcion que sea de rescebir, que tenga diez dias para la probar, y no se declara desde cuando han de correr los dichos diez dias, declaramos é mandamos que los dichos diez dias corran desde el dia que se opusiere á la tal execucion, é pasados los dichos diez dias, sino probare la dicha escepcion, que el remate se haga, como la dicha ley lo dispone, sin embargo de cualquier apellacion, que de ello se interpusiere, dando el creedor las fianzas, como la dicha ley lo manda, é porque nuestra merced é voluntad es, que la dicha ordenanza haya complido efecto, por ende mandamos que lo contenido en ella se guarde y cumpla y execute, como en ellas se contiene sin embargo de cualquier apellacion, que de ella se interponga para ante nos ó para ante los oydores de las nuestras Audiencias, ó para ante otros cualesquier

jueces ó cualquier nulidad que contra la dicha execucion é remate se alegue.

COMENTARIO

á la Ley 64 de Toro.

1 Dispone la presente ley que la ordenanza de Madrid, que declarando la ley de Toledo, manda que los diez dias que por esta se conceden á los deudores ejecutados por contratos, obligaciones ó sentencias para probar paga ú otra escepcion que sea de recibir, corran desde el dia que el deudor se opusiere á la ejecucion, y que pasados los diez dias no probando la dicha escepcion, el remate se haga como lo dispone la ley de Toledo, sin embargo de cualquiera apelacion que se interpusiere, dando al acreedor las fianzas que en dicha ley se mandan se guarde y ejecute sin embargo de cualquiera apelacion que de las espresadas leyes se interpusiere para ante el Rey ó los oidores de sus Audiencias, ó para ante otros cualquiera jueces, ó cualquier nulidad que contra la ejecucion ó remate se alegare.

2 La ley de Toledo, de que habla la presente ley, se halla en la 2.ª, título 21, lib. 4.º de la Recopilacion, y en ella se dispone las fianzas que en la ejecucion se deben dar, asi por el acreedor como por el deudor, aunque no siempre se dan por uno y otro, ni tampoco es constantemente cierto que en toda ejecucion deba intervenir la fianza de la ley de Toledo.

3 Es principio cierto que para que se ejecute la sentencia de remate se ha de dar antes por el acreedor la fianza correspondiente. Esta fianza, en virtud de la ley de Toledo, se reduce á que el acreedor afiance que si el deudor probare la paga ú otra legítima escepcion, le volverá lo que le ha pagado, con mas el doblo. El rigor de esta pena, dice Acevedo al fin de la ley 2.ª de este título, que no lo vió observar, y Villadiego al capítulo de su práctica, número 118, afirma que no se practica dicha pena del doblo por pena en nombre de interes, y esto es en el caso de que el deudor no se haya opuesto, ó en el término de los diez dias no haya probado su escepcion, sin que en tal caso por parte del deudor se deba prestar fianza alguna. Pero si el deudor se opone y alega que tiene que presentar testimonios para probar su escepcion, que se hallan en las distancias que en dicha ley se espresan, en tal caso para la ejecucion de la sentencia de remate el acreedor dará la fianza que se ha dicho, y el deudor prestará otra por la que se obligue á que si no prueba en el término que se le señala la escepcion que opone, pagará otro tanto como pagó por pena, debiendo ser la mitad para el acreedor y la otra mitad invertirse en obras pias ó públicas.

4 He dicho que no es constantemente cierto que en toda ejecucion deba intervenir la fianza de la ley de Toledo, porque en en la que se despacha en virtud de sentencia arbitraria ó de transaccion, no se da por el acreedor la fianza de la ley de Toledo, sino la que prescribe la ley 4.ª, tít. 21, lib. 4.º de la Recopilacion, que se reduce á que el fiador se obligue por parte del acreedor á restituir lo que hubiere recibido por la sentencia de remate con los frutos y rentas, segun fuere condenado, si la sentencia se revocare, y está tan autorizada esta práctica, que afirma Febrero en el juicio ejecutivo, lib. 3.º, cap. 2.º, §. 5.º, número 289, que porque un juez en una ejecucion de esta especie mandó dar la fianza de la ley de Toledo, y no quiso reponer esta providencia, el Consejo la revocó, y se persuade esta verdad por la disposicion de la ley 19 del mismo título, que ordena que nó haciendo el deudor la oposicion dentro del tercero dia, mande el juez hacer remate y pago á la parte, dando las fianzas la parte que pide, ejecucion que la ley de Toledo y las otras leyes de estos reinos disponen, cuya última espresion seria enteramente ociosa é inútil si todas las fianzas que deben intervenir en las ejecuciones estuvieron reducidas á las de la ley de Toledo.

5 Quiere tambien la presente ley que se guarde y ejecute lo dispuesto por la ordenanza de Madrid, sin embargo de cualquier apelacion que se interpusiere, pues por ella no se interrumpe ni suspende la ejecucion, escepto en la corte, en donde segun Febrero, número 291, si el deudor requiere con el decreto de mejora á los ministros ejecutores y escribano originario se suspende la ejecucion hasta que se confirma ó revoca la sentencia, y sino requiere se prosiguen las diligencias del pago en virtud de la fianza, la que se da aunque la sentencia se confirme.

6 Dos son los casos en que se admite la apelacion en cuanto al efecto suspensivo, no obstante la disposicion de la ley real, y son, el primero cuando un tercero apela de la sentencia, pues no debe ejecutarse en cuanto á él hasta que se confirme, y el segundo cuando la sentencia es notoriamente injusta, y su injusticia resulta de los mismos autos: Febrero, número 292, Acevedo en la ley 19, tít. 21, lib. 4.º, número 124, afirma que por la apelacion del tercer opositor se ha de suspender la ejecucion en cuanto á él y al ejecutado.

7 Lo mismo que dispone la ley en cuanto á la apelacion, ordena en cuanto á cualquiera nulidad que se alegare contra la ejecucion ó remate, no debiendo este suspenderse por ella; pero los autores esceptúan la nulidad de incompetencia de jurisdiccion, la de citacion y otra cualquiera notoria que resulte de autos, segun Febrero, número 293, y los autores que cita, y tambien Acevedo en la presente ley, número 7.º

Ley LXV de Toro; es la 7.ª, tít. 15, lib. 4.º de la Recopilacion.

La interrupcion en la possesion interrumpa la prescripcion en la propriedad, é por el contrario la interrupcion en la propriedad interrumpa la prescripcion en la possession.

COMENTARIO

á la Ley 65 de Toro.

1 Dispone la presente ley que asi como la interrupcion en la posesion interrumpe la prescripcion en la propiedad, la interrupcion en la propiedad interrumpe la prescripcion en la posesion.

2 Antes de tratar directamente de la esposicion de esta ley se hace preciso advertir que la prescripcion unas veces no procede ni corre, otras cesa y duerme, y otras se interrumpe. No procede cuando por la mala fé ó por otra causa no principia. Duerme y cesa cuando se suspende la prescripcion por algun tiempo, como sucede á la que se principió contra la Iglesia antes de estar vacante, y si continúa provista que sea de Prelado. Se interrumpe cuando se estingue del todo por alguna causa.

3 La interrupcion de la prescripcion, una es natural y otra civil: natural se llama aquella por la cual falta alguna de las cosas que necesariamente se requieren para la prescripcion, como son la posesion, la buena fé y el título: la civil es aquella que sucede por acaecer algun hecho de aquellos que por derecho civil causa la interrupcion.

4 Para resolver los casos en que tiene lugar la interrupcion civil, se ha de suponer que la prescripcion no es uniforme en todas las cosas, ni procede de un mismo principio. Hay una prescripcion que se llama odiosa, y es aquella que se admite en odio del negligente, y se completa por treinta años, sin que sea necesaria la buena fé por derecho civil. Otra es favorable, cual es la que concede el derecho en favor del que posee, como sucede en la usucapion trienal. Otra hay que se llama írrita por hallarse introducida en odio del negligente y favor del poseedor, y es aquella que se completa por diez ó veinte años.

5 Pasando ahora á esponer los actos por los cuales se interrumpen estas prescripciones que dejo referidas, digo que la prescripcion trienal, que se llama usucapion, no se interrumpe por la litis contestacion, segun comun opinion de los autores, fundados en la ley *naturaliter* 5.ª, ff. *de usucap.*, y el capít. 8.º *illud. de prescript.*, pero sí la prescripcion de diez ó veinte años, que en parte es favorable y odiosa, advirtiéndose que la interrupcion en dicha prescripcion no tiene lugar si el actor sucumbe en la demanda. Igualmente se interrumpe por la litis contestacion la prescripcion de treinta ó cuarenta años que procede con buena fé. Por último, la prescripcion odiosa que procede con mala fé se interrumpe por sola la citacion.

6 Veamos ahora el efecto de interrupcion en las acciones temporales de medio año ó uno, como son las que espresa la ley 65, tít. 5.º, partida 5.ª, y en todas las demas acciones que se prescriben por tres años por la litis contestacion, se perpetúan hasta el tiempo de cuarenta años, segun la ley última, C. *de prescrip. triginta vel quadraginta annor*. Suscitan los autores la duda de si una vez interrumpida la prescripcion cesando la interrupcion, podrá incoarse de nuevo la prescripcion, en cuya duda resuelve Covarrubias al número 7.º de la parte 2.ª de la Recopilacion, al capít. *possesor*, §. 12, que puede incoarse de nuevo la prescripcion, habiendo cesado la interrupcion natural concurriendo en el prescribente la posesion, tí-

tulo y buena fé, fundándose para esto en el capitulo *illud. de presc.*, y en la ley 29, tít. 29, partida 3.ª En la interrupcion civil dice el mismo autor que por comun opinion sientan los autores que interrumpida la prescripcion en las acciones reales y personales, no puede incoarse de nuevo y llevarla á efecto por menos tiempo de cuarenta años, segun la ley última, C. *de presc.*, *triginta vel quadraginta annor.*, y refiere la opinion de Salicito, que afirma que en la interrupcion civil basta que cesando la interrupcion en las acciones reales se prescriban por cuarenta años mas de los que se necesitaban por derecho ordinario, caso de que no hubiera habido interrupcion, y limitando aun mas este tiempo, Covarrubias se inclina á que bastará para que se prescriban las acciones reales, cesando la interrupcion civil, el mismo tiempo que hubiera sido suficiente sino mediara la interrupcion, con tal que intervenga la posesion, buena fé y demas circunstancias que por derecho se requieren para la legítima prescripcion, pretendiendo que las leyes que se alegan en contra por la comun opinion se han de entender en el caso que la mala fé continúa en el poseedor, porque entonces se hace necesaria por derecho civil la prescripcion de cuarenta años, que en esta parte está derogado por derecho canónico. Esta misma doctrina la estiende al caso de que la interrupcion de la prescripcion intervenga en las acciones, si el que prescribiese en realidad tiene buena fé (se presume mala de la interrupcion civil), cuya opinion en este caso de las acciones personales la establece con alguna duda, pues aconseja que se medite el punto con mas reflexion. Todo lo dicho hasta aqui es tomado del Covarrubias en el lugar citado.

7 Llega Gomez á esponer el sentido literal de la presente ley despues de varias suposiciones, y dice, refiriéndose á Palacios Ruvios y demas glosadores, que el sentido de la primer conclusion ó parte de la ley es que la interrupcion de la prescripcion hecha solo en la posesion causa la interrupcion de la prescripcion en la propiedad; pero lejos de conformarse con esta esposicion, afirma que no es esta la verdadera inteligencia y sentido de la ley, fundado en que es constante por derecho que si por un instante se pierde ó interrumpe la posesion, no puede continuarse la prescripcion por la regla de la ley 25 *sine possesione*, ff. *de usucap.*, y en confirmacion advierte que por eso en la primera parte de la ley no se dice que la interrupcion de la prescripcion en la posesion &c., sino la interrumpcion de la posesion, por lo que á continuacion establece que el verdadero sentido de la ley en la primera conclusion se reduce á que si se interrumpe ú omite la posesion que tenia el reo convenido, mediante la cual prescribia la cosa inmediatamente, se interrumpe la prescripcion de la propiedad, lo que dice se ha de entender cuando la interrupcion de la posesion es tal que por ella se pierda la posesion natural y civil, pero no si se pierde solo la natural, porque como ella no es causa de la prescripcion, no lo puede ser de su interrupcion: los actos por los que se pierden estas dos posesiones, dice que son aquellos por los que la cosa se inunda por las aguas, ó la ocupa un opositor tan poderoso que no sea verosímil ó posible volverla á recuperar, segun varias leyes civiles que cita, y la 14, tít. 30, partida 3.ª, y propone por acto de perder la posesion la ausencia del poseedor por mas de diez años.

8 Por poco que se reflexione sobre la doctrina que hemos referido de Gomez, se conocerá su poca solidez. Si porque es costante en el derecho que si por un instante se pierde ó interrumpe la posesion no puede continuarse la prescripcion, no puede ser verdadero el sentido que dan los glosadores á la primer parte de la ley, de que la interrupcion de la prescripcion en la posesion interrumpe la prescripcion en la propiedad; por la misma razon no podrá ser verdadero el sentido que intenta atribuir Gomez á la ley de que si se omite ó interrumpe la posesion del que prescribia, inmediatamente se interrumpe la prescripcion de la propiedad, pues tanto en una esposicion como en la otra se verifica que falta la posesion, sin la cual no procede la prescripcion. Ni es fácil de comprender á qué contribuir la reflexion que hace Gomez de que la ley no dice interrupcion de la prescripcion en la posesion, sino interrupcion de la posesion para separarse de la esposicion de los glosadores, pues no menos en la interrupcion de la posesion que en la interrupcion de la prescripcion en la posesion se verificaria que sin posesion no hay prescripcion, que es el fundamento de Gomez para separarse de los glosadores.

9 Supuesto, pues, que la esposicion de

Gomez no salva el inconveniente que nota atribuye á la que dan los glosadores, resta examinar los fundamentos de esta, y su conformidad con la letra de la ley, y en mi concepto me parece muy conforme la opinion de Palacios Ruvios y demas comentadores á la disposicion de la ley, la que establece que la interrupcion de la prescripcion en la propiedad. Digo que es esta la disposicion de la ley en su primera parte, porque si solo estableciera que la interrupcion en la posesion interrumpia la prescripcion en la propiedad, como pretende Gomez, vendria á quedar reducida la decision de la ley á ordenar que cesando la posesion ó perdída esta no se pudiese continuar la prescripcion de la propiedad, cuya resolucion estaba tan decidida, no menos por el derecho real de las partidas que por el civil y canónico, que no puede eximirse la presente ley de la nota de inútil y supérflua, contra el principal fin que se propusieron nuestros legisladores doña Isabel y don Fernando en la formacion de las leyes de Toro, que fue el de aclarar las dudas originadas "de la gran diferencia é variedad que habia en el entendimiento de algunas leyes de estos mis reinos, asi del fuero como de las partidas é de los ordenamientos, é otros casos donde habia menester declaracion aunque no habian leyes sobre ello," como se ve en el prólogo que la Reina doña Juana puso á dichas leyes, de donde he copiado las palabras que dejo referidas. De aqui se convence claramente que no pudiendo adaptarse á la ley la esposicion del Gomez, se haya forzosamente de admitir la de los glosadores no hallándose medio que elegir entre una y otra esposicion.

10 Y cuando no bastara para desatender la opinion de Gomez el no incurrir en el inconveniente que dejamos notado, podrá servir de convencimiento el ver que no se habian hecho iguales leyes para establecer que por la interrupcion en el título y buena fé se interrumpia la prescripcion en la propiedad. Conociendo sin duda esto mismo el Covarrubias en el lugar citado, número 8.º, establece que la presente ley no habla de la interrupcion natural, sino de la civil que sucede por la citacion, ó por la litis contestacion, pero lo que deja fuera de toda duda que la esposicion de Gomez es impropia y agena del sentido de la ley es el ver la dificultad que le causó á él mismo la inteligencia de la ley, como manifiesta en el número 1.º de su Comentario por estas palabras: *Quæ lex, certe, quoadme est valde difficilis, et subtilis, et libenter audirem ejus intellectum à dignissimis, et peritissimis Regii senatus conditoribus hujus legis*, cuya dificultad no parece compatible con la esposicion tan comun que le atribuye, si él no la tuviera por insuficiente.

11 Propone Gomez tercera esposicion á la primera parte de la ley, reducida al caso de cuando el actor y dueño pone demanda al poseedor sobre la posesion, valiéndose de alguno de los entredichos posesorios, *adipiscendæ, retinendæ vel recuperandæ*, y contestada la demanda se interrumpe la prescripcion en la propiedad, de forma que tenga el poseedor que empezar de nuevo la prescripcion segun esta ley. Pero afirma que dicha esposicion no puede admitirse, á causa de que el juicio posesorio no toca de ningun modo á la propiedad, por ser del todo diversos y nada tienen de comun, segun la ley, *naturaliter* 12, ff. §. *nihil commune. de adquir. possesione.*

12 Covarrubias en el número 8.º citado propone del mismo modo que Gomez el caso de la ley, no siendo otra cosa que la esplicacion de la esposicion que hemos admitido como verdadera, y funda su resolucion en que en la materia de las prescripciones estará muy unida la causa de posesion á la propiedad, no pudiéndose adquirir la propiedad por prescripcion sin la posesion, por lo que se satisface al inconveniente que propone Gomez.

13 Continúa este la esposicion de la segunda parte de la ley en el número 4.º, y dice que el sentido de esta conclusion es que interrumpida la prescripcion en la propiedad, se interrumpe la posesion que tenia el reo demandado; pero sostiene que esta esposicion no es verdadera ni corresponde, porque si la sentencia se da en favor del actor, recupera la propiedad y la posesion, y sin embargo hasta que la sentencia se ejecuta dura la posesion en el reo: si la sentencia se da á favor del demandado no se interrumpe la posesion, antes bien se confirma, porque la interrupcion en un artículo ó causa no aprovecha en otro, segun el capítulo *auditis. de prescriptionibus*, por lo que resuelve que la verdadera y sutil inteligencia de esta ley se reduce á que interrumpida la prescripcion en la propiedad se in-

terrumpe la prescripcion de la posesion, á causa de que por un año continuo desde el tiempo que tuvo la cosa no prescribe la posesion con sus efectos, la que hubiera prescripto sino se hubiera puesto la demanda en la propiedad, segun la disposicion de la ley 1.ª, tít. 13, lib. 3.º del ordenamiento, que es la 3.ª, título 15, lib. 4.º de la Recopilacion, y la ley 1.ª, tít. 11, lib. 2.º del fuero real

14 Los fundamentos que propone Gomez para apartarse del sentido literal de la segunda parte de la ley no son mas fundados que los que tuvo en la primera y quedan rebatidos. El que cuando en juicio de propiedad se da la sentencia por el actor recobre este la cosa y la posesion, y que esta dure en el reo hasta que se ejecute la sentencia, no falsifica la decision de la ley de que la interrupcion de la prescripcion en la propiedad interrumpe la prescripcion en la posesion, pues el que se continúe la posesion en el reo hasta que se ejecute la sentencia no arguye el que no se haya interrumpido la prescripcion en la posesion, asi como cuando la demanda se pone en la posesion se interrumpe la prescripcion de la posesion por la litis contestacion, y sin embargo continúa en la posesion el demandado hasta la ejecucion de la sentencia si se da á favor del actor, siendo cosas totalmente diversas la interrupcion de la prescripcion de la posesion y la continuacion de la posesion, la que puede continuarse con mala fé, hablando de la posesion natural, siendo constante que despues de la litis contestacion se continúa verdadera y naturalmente la posesion, y se completa la usucapion, ley 2.ª, *pro donato*, ff., y la 2.ª y última *pro empt.*; y por el contrario el que no se interrumpa la posesion, antes bien se confirme cuando en el juicio de propiedad se ha dado la sentencia á favor del poseedor ó reo, no arguye que la interrupcion en la propiedad no interrumpe la prescripcion en la posesion, pues dándose la sentencia á favor del reo, no se interrumpe la prescripcion en la propiedad, asi como no se interrumpe la prescripcion en la posesion cuando en el juicio posesorio se da la sentencia á favor del poseedor, como lo advierte Covarrubias en el lugar citado, número 4.º, aunque si en este caso el actor pusiese la demanda en la propiedad, y el poseedor quisiese ayudarse para la prescripcion del tiempo que continuó en la posesion despues de contestada la demanda en el posesorio, dice Covarrubias al número 8.º que si no se prueba una prescripcion inmemorial vió frecuentemente que no se admitia para la continuacion de la prescripcion el tiempo que el reo poseyó despues de movido el pleito sobre el juicio posesorio, por ser conforme á la presente ley, lo que dice Covarrubias que para él es dudoso.

15 Ni es menos infundada la esposicion que propone en esta segunda parte de la ley que la que dió en la primera, siendo digno de notarse que habiendo intentado persuadirse en la primera parte que la *interrupcion en la posesion*, que son las palabras de que usa la ley, no debian entenderse de la interrupcion de la prescripcion en la posesion, esponga ahora las palabras de la segunda parte, que son semejantes á las de la primera, sin otra variedad que la de poner propiedad en lugar de posesion, de la interrupcion de la prescripcion en la propiedad, diciendo que esta causa la interrupcion de la prescripcion en la posesion, porque interrumpida la prescripcion en la propiedad se interrumpiria la prescripcion en la posesion, á causa de que no podria prescribir por un año continuo la posesion con sus efectos, la que de otro modo prescribiria sino se hubiera puesto la demanda en la propiedad, fundado en la disposicion de la ley 3.ª, tít. 15, lib. 4.º de la Recopilacion, que se reduce á que por los fueros de algunas ciudades se ordenaba que el que poseyere alguna heredad por año y dia en faz del que se la demanda no deba responder por ella, y porque se dudaba si para dicha prescripcion era necesario título y buena fé, declaró el Rey don Alonso XI que era necesario título y buena fé para la prescripcion de año y dia.

16 De la disposicion de esta ley se conoce cuán importunamente pretende Gomez que la ley de Toro se refiera a ella, pues á mas de que si en la segunda parte se referia la ley de Toro al caso de la ley citada, por la misma razon debia referirse tambien en la primera parte, lo que es contra la doctrina dada por el Gomez, ¿qué razon podrá encontrarse para que la interrupcion de la prescripcion en la propiedad interrumpa la prescripcion en la posesion en el caso de la ley esplicada contra la disposicion del capítulo 15, *auditis. de prescriptionibus*, que manda que la interrupcion en un artículo ó causa no aproveche en otro?

¿Y no sucede lo mismo en las otras prescripciones de diez, veinte y treinta años? Y cuando estas reflexiones no fueran suficientes para rebatir la opinion de Gomez, basta saber que afirma Covarrubias hablando de la ley del Rey don Alonso XI. en la parte 2.ª, R., capítulo *possesor. de regulis juris* in 6.°, §. 11, número 12, que en los juicios no se admite la prescripcion de año y dia aunque sea con título y buena fé, no habiendo sido otro el ánimo del Rey don Alonso que el de declarar que la ley del fuero que establecia la prescripcion de año y dia se entendiese tendria lugar en las ciudades que se observase, concurriendo el título y buena fé, sin pretender establecer ley nueva, sino interpretar la del fuero, y lo mismo hicieron los Reyes católicos, insertando dicha ley en el ordenamiento, no siendo creible quisiesen derogar tantas leyes de las partidas y de otros ordenamientos que tratan de la prescripcion con una ley no establecida de nuevo, sino tomada del Rey don Alonso contra la mente de su antiguo legislador, que no pensó en derogar las otras leyes. Del mismo sentir es Acevedo en el Comentario á esta ley 3.ª, tít. 15, lib. 4.°, número 1.°, donde satisface al argumento que podia hacerse de que dicha ley estaba en uso por hallarse inserta en la Recopilacion, diciendo que como la espresada ley es una declaracion de la ley del fuero, no puede tener mas fuerza que la ley del fuero que se declara por ella, cuya ley no se halla inserta en la Recopilacion.

17 Esplicada ya la inteligencia de la ley de Toro, por mas que Antonio Gomez, dándola muchas esposiciones, la haya querido hacer dificil é ininteligible, segun dice Acevedo al fin del número 6.°, nos resta examinar si la referida ley podrá tambien estenderse á la interrupcion natural, cuya duda propone Covarrubias al fin del número 8.°, y afirma que no puede negarse que la ley no puede tener lugar en la interrupcion que proviene de falta de posesion, sin duda por causa de que sin posesion no puede haber prescripcion ni en la posesion ni en la propiedad; pero no está tan seguro cuando la interrupcion procede de defecto de título ó buena fé. En estos casos se interrumpe la prescripcion de la propiedad por la falta de título ó buena fé, y con todo los interdictos posesorios temporales, que lo son asi por ley ó estatuto, como los que propone la 9.ª, tít. 15, lib. 4.° de la Recopilacion, y la 65, tít. 5.°, partida 5.ª, se prescriben y estinguen sin título y buena fé, no estando derogado el derecho civil en esta parte, asi como se ha dicho del derecho de la ejecucion sumaria, Covarrubias, §. 11, número 4.°, versículo sesto, por lo que parece podrá decirse que por la presente ley la interrupcion de la prescripcion en cuanto á la propiedad, por defecto de título ó buena fé, se estiende é interrumpe los entredichos posesorios, que por derecho civil podrian prescribirse sin título y buena fé; y aunque Covarrubias concluye diciendo que este punto merece examinarse con mas madurez y diligencia, soy de sentir que nuestra ley real debe estenderse á este caso, ya porque ella habla indefinidamente sin hacer alguna distincion, como por ser esta esposicion mas conforme al derecho canónico, que no admite ninguna prescripcion sin título y buena fé, y á lo espuesto en razon de lo mismo por Covarrubias en el §. 11 citado del mismo capítulo, desde el número 6.° hasta el 12, donde persuade que ni por derecho real puede proceder la prescripcion con mala fé, sin embargo de que reconoce que hay algunas acciones temporales que las pierde el actor por el mero transcurso del tiempo, aunque el poseedor tenga mala fé, como son la accion redhibitoria, *quanto minores* y otras, sin que por esto admita en tales casos prescripcion con mala fé, pues como dice en el número 6.°, una cosa es que la ley humana niegue la accion por alguna causa que proceda sin dolo ó por defecto de alguna solemnidad, y otra cosa es dar fomento por la ley para ocupar las cosas agenas con mala fé y perjuicio de las conciencias, lo que no se debe tolerar en la república cristiana, siendo constante que estinguida la accion temporal aun queda la accion en el fuero interno que obliga á la compensacion del daño, como lo afirma santo Tomás en la 2.ª, cuestion 77, art. 3.°

Ley LXVI de Toro; es la 3.ª, tít. 6.°, lib. 5.° de la Recopilacion.

Ninguno sea obligado de se arraigar por demanda de dinero que le sea puesta, sin que preceda informacion de la deuda, á lo menos sumaria de testigos, ó de escriptura authéntica.

COMENTARIO

á la Ley 66 de Toro.

1 Dispone la presente ley que ninguno esté obligado por demanda personal que le sea puesta á dar fiador sin que preceda informacion de testigos de la deuda ó escritura auténtica.

2 Para la inteligencia de esta ley se ha de suponer que por derecho comun tenia que dar fianza el reo cuando era demandado con accion real, cuya fianza era de pagar lo juzgado, segun la rúbrica del tít. 11, *Institut. de satis d.*, lib. 4.º; pero cuando era demandado con accion personal no tenia obligacion de dar fianza de pagar lo juzgado, §. 1.º, *eodem tit.*, consistiendo la razon de la diferencia en que el que era demandado con accion real habia peligro de que deteriorase ó distragese la cosa, con lo que evitaria la condenacion, y haria ilusorio el juicio, no asi el que es demandado con accion personal que no se le pide cosa determinada, por lo que tiene que responder con todo su patrimonio, segun el Kes y Vinnio.

3 Posteriormente dispuso Justiniano en el §. 2.º, *eodem tit.*, que tanto el que sea convenido con accion real como personal no tenga que prestar fianza de pagar lo juzgado, sino que bastará afiance por su persona de continuar el juicio hasta el fin; y no pudiendo prestar esta fianza deberá dar caucion juratoria de continuar hasta la determinacion de la causa; pero en el caso que el demandado tenga bienes raices no estará obligado á dar fianza, segun la ley 15, ff. *qui satis dare cogitur*, y la ley 41, tít. 2.º, partida 3.ª, y es la razon por qué la posesion de bienes raices equivale á la fianza, y de consiguiente se satisface á la ley, segun la ley 6.ª, §. 4.º *qui pupilo*, ff. *ad carbon.*, y lo mismo se ha de decir en el caso de que por poseer muchos bienes muebles no se haga sospechoso de fuga, como lo afirma Rodrigo Suarez, tít. de los empréstitos, á la ley 2.ª del fuero real, §. *hæc lex*, número 14.

4 La ley 2.ª, tít. 3.º, lib. 2.º del fuero real, separándose del derecho comun que siguieron despues las partidas, dispone que en los casos en que el deudor demandado está obligado á dar fianza, si no la puede debe reducirse á la cárcel, sin que sea bastante la caucion juratoria que admite el §. *sed hodie. instit. de satis d.*, y la ley citada de las partidas.

5 Ni la fianza que se ha de dar en virtud de la ley del fuero se reduce á presentarse en juicio hasta el fin y éxito del pleito, como lo requieren el §. *sed hodie*, y la ley de partida, sino que ha de ser de presentarse en juicio siempre que se le mande, y en su defecto pagar lo juzgado y sentenciado, la cual fianza se llama por nuestras leyes, de la haz. Esta es la opinion de Rodrigo Suarez en la esposicion de la ley 2.ª del fuero, tít. *de los plazamientos*, número 3.º, fundado en que por lo regular el derecho no obliga á que ninguno dé fiador para mas de lo que uno está obligado; y como por la fianza de la haz se cumple con lo que desea la ley 2.ª, del fuero y es que dé fiador que le cumpla fuero, porque por derecho del fuero si el deudor no tiene de qué pagar debe entregarse en la cárcel al acreedor para que le sirva hasta satisfacer la deuda, segun lo dispone la ley 2.ª, título *de los gobiernos*; de consiguiente por la fianza de la haz se satisface al acreedor del remedio de la fianza que le es debida del modo y forma que el deudor está obligado por las leyes del fuero, cuya opinion siguen Gregorio Lopez en la ley 41, título 2.º, partida 3.ª, y Matienzo en la ley 3.ª, tít. 16, lib. 5.º de la Recopilacion, glosa 1.ª, número 4.º

6 Vicente Arias, obispo de Palencia, en sus notas á esta ley del fuero pretende que la fianza que ha de prestar el deudor para libertarse de la cárcel ha de ser de pagar juzgado y sentenciado, fundando su opinion en la ley 6.ª, tít. 8.º de las testimonias, libro 2.º del fuero, cuya opinion es muy conforme á las leyes que cita y refiere Rodrigo Suarez, citado número 1.º y 2.º, de que se comprende que la ley del fuero corrigió tambien en esta parte la disposicion del derecho comun.

7 Admitiendo la opinion de Suarez se ha de tener presente la escepcion que pone en el número 12, reducida á que la fianza de la haz tendrá lugar antes de que el pleito se concluya, pues en el caso de estar condenado á pagar el deudor ó haber confesado la deuda, no podrá usar de los cuatro meses que se le concedian antiguamente por misericordia para pagar la deuda, cuyo tiempo se halla reducido al presente á diez dias, *leg. si debitori* 21, ff. *de ind.*, sin que preste la fianza de pagar juzgado y senten-

ciado, segun la misma ley, y en el número 15 añade que pasado el tiempo que por conmiseracion se le concede al deudor para pagar, no bastará la fianza de pagar juzgado y sentenciado para libertarse de la cárcel, sino que absolutamente deberá ser apremiado á pagar, de forma que distingue tres tiempos, el primero antes de fenecerse el pleito, y entonces bastará la fianza de la haz: el segundo despues de sentenciado, estando dentro del término concedido para pagar, y entonces es necesaria la fianza de pagar juzgado y sentenciado, y el tercero es despues de pasado este término; y en tal caso no basta ninguna fianza.

8 La presente ley de Toro, suponiendo la decision del derecho civil, §. *sed hodie. de satis. d.*, y la de la ley 2.ª, tít. 3.º, lib. 2.º del fuero, sobre que el deudor idóneo no tenga precision de dar fianza, requiere que preceda informacion sumaria de la deuda antes de encarcelar al deudor, cuya resolucion se dirigió, segun Palacios Ruviós que asistió á la formacion de las leyes de Toro, á precaver que el que el era deudor fuera preso y detenido en la cárcel, lo que afirma sucedia muchas veces, de forma que para hallarse en el caso de hacer preso al deudor es necesario por esta ley que preceda informacion de la deuda, y que el deudor no tenga bienes para satisfacerla, segun P. al número 7.º, y Matienzo, ley 3.ª, tít. 16, libro 5.º de la Recopilacion, glosa 2.ª, número 2.º

9 La informacion que ha de preceder de la deuda ha de ser á lo menos sumaria de testigos ó de escritura auténtica, que se llama *probatio probata*, *presens*, *realis*, *et evidens*, segun Matienzo, glosa 3.ª

10 Examinan los autores en esta ley los bienes que deberá tener el deudor para libertarse de dar fianza, y si bastará que los posea en territorio distinto de la jurisdiccion del juez de la causa, y en cuanto á la primera duda parece deberán reputarse por bastantes los que sean suficientes á satisfacer la deuda, y por lo que hace á la segunda resuelve Matienzo en la glosa 1.ª, número 7.º, citando á otros, que no basta el tener y poseer bienes en ageno territorio.

11 Aquellos bienes se deben reputar por suficientes para satisfacer la deuda que alcancen á cubrir el débito y ademas sean de tal especie ó en tanta cantidad que no se tema su ocultacion ó enagenacion, sean raices ó muebles.

Ley LXVII de Toro; es la 5.ª, tít. 7.º, libro 4.º de la Recopilacion.

Ningun juramento aunque el juez lo mande hacer ó la parte lo pida no se faga en san Vicente de Avila, ni en el herrojo de santa Agueda, ni sobre el altar ni cuerpo santo: ni en otra Iglesia juradera, sopena de diez mil maravedis para la nuestra cámara é fisco, al que lo jurare, é al juez que lo mandare é al que lo pidiere, ó demandare.

COMENTARIO

á la ley 67 de Toro.

1 Dispone la presente ley que ninguno jure, aunque el juez lo mande ó la parte lo pida, en la Iglesia de san Vicente en Avila, en el herrojo ó cerrojo de santa Agueda, ni sobre altar ó cuerpo santo, ni en alguna Iglesia juradera, bajo la pena de diez mil maravedis, que se exigirán al que jure, al juez que lo mande, y á la parte que lo pida, aplicados á la cámara del Rey.

2 Era permitido por derecho civil que los juramentos se prestasen en las Iglesias ú oratorios, como lo manifiesta la ley 12, C. *de reb. cred.*, §. 5.º, por estas palabras: *In omnibus, autem, casibus in quibus sacramenta prestantur, observationem judicialem permanere censemus, secundum personarum qualitatem, sive sub ipso judice prestari oportet juramentum, sive in domibus, sive sacris scripturis tactis in sacrosanctis oratoriis.*

3 Conforme á esta disposicion ordenan las leyes de partida en la 19 y 22, tít. 11, partida 3.ª, que "cuando las partes se avinieron en que el pleito se libre por jura, deben venir ante el juzgador á facer esta jura en la Iglesia ó sobre el altar &c."

4 Aunque la ley de Toro prohibe el que los juramentos se hagan en los lugares espresados, no se debe considerar como correctoria del derecho civil y real de las partidas, y mucho menos del derecho canónico, por el que se ve en el capítulo 7.º y 8.º, causa 2.ª, cuestion 5.ª, que el Papa san Gregorio Magno en el primero de dichos capítulos ordenó que Mena, obispo, se purgase del débito que se le imputaba jurando sobre el sepulcro de san Pedro apóstol, y en el segundo mandó á Castorio, que entendia en la causa formada á Máximo, obispo Salonitano, sobre simonía, que si dicho Máximo afirmase bajo de juramento en

el sepulcro de san Apolinario, que estaba inocente, lo absolviese. Cuyos cánones los reconoce por legítimos Velarde en su apreciable obra sobre el decreto de Graciano, aunque advierte que en el primero se insertaron las palabras que se leen desde *purgationem*, las que no se hallan en el original, ni pertenecen á la decision principal, dirigiéndose la ley real á prohibir los juramentos que se hacian en los lugares espresados con la creencia de que si el que juraba estaba culpado seria castigado por Dios quitándole la vida, cuyos juramentos se dirigen á tentar á Dios, y por lo tanto estan prohibidos como ilícitos, y reputados como purgaciones vulgares, las que se hallan reprobadas por el capítulo 3.º *ext. de purgatione vulgari*, y asi se ve que la ley se limita á prohibir los juramentos que se prestaban en ciertos y determinados lugares, por estar las gentes en la creencia que en ellos Dios manifestaba la verdad; pero cuando los juramentos se hacen sobre los sepulcros de los santos, sin otro fin que el que el juramento se haga con mas reverencia, no estan prohibidos, antes bien son lícitos, como consta de los capítulos citados, y obligan mas estrechamente á manifestar la verdad, como lo persuade el célebre obispo de Avila Alfonso el Tostado en la cuestion 289 sobre el capítulo 5.º del evangelio de san Mateo; y asi, respondiendo en la cuestion 297, en la que se propone examinar si es lícito jurar por los evangelios sobre los sepulcros de los santos, en los cuales los que juran falso son castigados con la muerte, al argumento que se hace de los dos capítulos citados de san Gregorio, dice que en dichos capítulos fueron compelidos á jurar los dos obispos sobre los sepulcros de los santos por sola reverencia, pero no porque se creyese que si juraban en falso habian de morir, por lo que resuelve en dicha cuestion que es ilícito el que alguno compela á otro y jurar sobre aquellos altares, sepulcros de los santos, ó sagrados libros, en los que se cree que ha de peligrar el que jura falsamente.

5 Para rebatir en la espresada cuestion la opinion de aquellos que solo tienen por purgacion vulgar aquella de la que no se puede salir sin lesion, sea inocente ó reo, sin que intervenga milagro, como sucede en la del agua hirbiendo y el hierro caliente, dice que esta se llama rigorosamente purgacion vulgar; pero latamente tambien es la monomaquia ó certamen singular por el que intentan descubrir los duelantes que sea inocente ó culpado, hallándose prohibida por el cap. 22, *monomachiam*, caus. 2.ª, cuestion 5.ª, y el 1.º y 2.º *de purg. vulg.*, y con todo puede sin milagro libertarse el reo y perecer el inocente, comprendiéndose bajo de este nombre aquella en que solo peligran los reos y no los inocentes, como sucede en los casos prohibidos por la presente ley, y se verificaba en la que se hacia en el cap. 5.º de los números, con la muger sospechosa de adulterio por las aguas amarguísimas, las cuales, maldecidas por el sacerdote, y bebidas por la muger, reventaba si se hallaba culpada, y quedaba ilesa si se estaba inocente, no teniendo alguna otra virtud que la que le comunicaba la maldicion del sacerdote contra la adúltera, y en los que juraban falso en el templo de Salomon, segun el capítulo 8.º del libro 3.º de los Reyes, por lo que distingue el Tostado tres grados en la purgacion vulgar: el primero cuando la prueba que se hace es de tal naturaleza que es necesario peligren el inocente ó el reo, si Dios no hace un milagro, como es el agua hirbiendo y el hierro caliente. El segundo es por el que no se puede descubrir cuál es inocente ó culpado, y es de tal naturaleza la prueba que puede salir bien de ella, tanto el inocente como el culpado, sin milagro, como sucede en el duelo. El tercero consiste en aquella purgacion por la que se encuentra suficientemente el delito, y con todo para encontrarlo se tienta á Dios, ó se hace algo por lo que parece se tienta á Dios para que se descubra el delincuente. De esta especie era la purgacion que se hacia por las aguas amarguísimas, y la de jurar en el templo de Salomon, cuyas purgaciones eran de tal naturaleza que por sí no podian dañar ni al reo ni al inocente, si Dios no hacia un milagro. A la misma clase pertenecen los juramentos que se hacian sobre los altares, sobre los cuerpos de los santos y sobre los evangelios cuando se creía que los que juraban falsamente habian de ser ciertamente castigados por Dios.

6 Resta ahora ver si los juramentos que prohibe la ley Real eran de aquellos en que se creía que si juraba falso habian de ser castigados por Dios.

7 El P. Fr. Luis Ariz en su historia de las Grandezas de Avila, impresa en Al-

calá de Henares, año de 1607, en §. 9.º al fin dice lo siguiente. Tambien es público y notorio haberse guardado por las leyes anteriores la costumbre de hacer el solemne juramento en el sepulcro de san Vicente, y poniendo en ella mano algun fementido, en pena de su atrevimiento y falsedad secársele poco á poco el brazo; y por esta historia se verá el pleito homenage que muchos caballeros de Avila para mayor solemnidad y firmeza de lo que entre sí capitulaban, y de no lo quebrantar, le hacian delante del sepulcro, tocando en él con las manos. Lo cual todo cesó por la ley y mandato de los Reyes católicos don Fernando y doña Isabel. Hasta aquí el historiador, por cuya relacion se manifiesta la creencia que se tenia de que el que juraba falso en el sepulcro de san Vicente de Avila era castigado por Dios, y que los Reyes católicos fueron á remediar y corregir este abuso por la ley real, prohibiendo esta especie de juramentos, bien sobre altar ó cuerpo santo, ó en cualquier otro lugar ó Iglesia donde habia la creencia de que era castigado por Dios el que juraba fálsamente, persuadiendo esto mismo la espresion de que usa la ley, limitando la prohibicion á las Iglesias juraderas para manifestar que no prohibia los juramentos en cualquiera Iglesia, sino en aquellas en que se creía que el que juraba en falso era castigado visiblemente por Dios.

8 Pregunta el Tostado en el lugar citado si en algun caso padrá lícitamente usarse de la purgacion vulgar que no es perjudicial sino al reo, como sucede en el juramento, y resuelve que sí es lícita tal purgacion cuando haya justa causa para practicarla, y pone el ejemplo en una muger á quien tenga por sospechosa de adulterio su marido, y exige de ella que jure sobre el sepulcro de algun santo que no le ha faltado á la fidelidad. Si ella conoce que de escusarse á jurar ha de tener su marido por cierta la sospecha que le quitára la vida, podrá jurar lícitamente sobre tal sepulcro para libertarse de la muerte hallándose inocente; pero el marido pecará en pedirle esa purgacion. Si la purgacion que exige el marido es la del hierro caliente ú otra peligrosa, no debe admitir ni condescender en semejante purgacion, sino antes debe tolerar cualquier mal que le resulte, segun el mismo autor.

9 Acerca de si la pena impuesta por esta ley se incurre *ipso jure*, ó habrá de preceder sentencia condenatoria, me refiero á lo dicho en la ley 77 de Toro. Por último, es digno de notarse que el mandato del juez no escusa al contraventor de incurrir la pena de la ley.

10 Los diez mil maravedís que impone por pena la ley son de los que se labraron en virtud del arreglo de monedas de oro, plata y cobre que hicieron los Reyes católicos en las cortes de Madrid, celebradas por los años de 1476, en donde señalaron el valor del maravedí de los actuales, como lo dice el señor Cantos en su escrutinio de maravedises, cap. 10, numero 7.º, y en el 11, número 17, cuyo valor se mantuvo hasta el año de 1686, que don Cárlos II para dar proporcion entre el vellon y la plata rebajó el real de plata doble á sencillo de ocho cuartos y medio, ó treinta y cuatro maravedises, con cuya rebaja quedaron los maravedises reducidos á la mitad del valor que les dieron los Reyes católicos, segun el mismo autor en el capítulo 12, número 11 y 12, de que se deduce que los diez mil maravedís del tiempo de los Reyes católicos hacen veinte mil de los nuestros.

Ley LXVIII de Toro; es la 1.ª, título 15, lib. 5.º de la Recopilacion.

Si alguno pusiere sobre su heredad algun censo, con condicion que si no pagare á ciertos plazos que caya la heredad en comisso, que se guarde el contracto, y se juzgue por él, puesto que la pena sea grande y mas de la mitad.

COMENTARIO

á la ley 68 de Toro.

1 Dispone la presente ley que el que pusiere sobre su heredad algun censo con condicion de que no pagando á los plazos señalados caiga en comiso, quede obligado al contrato y se juzgue por él, aunque la pena sea grande y esceda en mas de la mitad.

2 Antes de tratar de la esposicion de esta ley se hace preciso examinar la naturaleza del censo y sus varias especies, á fin de conocer del que habla la ley. Varias son las significaciones que tiene la voz censo, como se puede ver en Covarrubias, lib. 3.º, cap. 7.º, número 1.º *var. res.*; pero con-

trayéndome á la que es propia de la presente materia, digo que el censo ó contrato censual es el derecho de percibir una pension anua de la cosa ó persona de otro. El derecho canónico entiende por censo aquel contrato por el que se concede alguna cosa, reservándose únicamente el conducente una pension anua ó mensual que tendrá que satisfacer el que ha recibido la cosa, ya de los frutos de ella, ó bien en dinero ó en algun equivalente, segun el capítulo 6.º *de relig. dom.*

3 Se llama este censo reservativo á diferencia del consignativo, que son las dos especies de censos en que se divide el censo en comun que queda definido.

4 Dícese, pues, reservativo porque el que da ó concede la cosa se reserva aquella pension para sí ó para otro, sin recibir en recompensa de lo que concedió otra cosa alguna. Como por este contrato confiere y traslada el conferente todo el derecho que tiene en la cosa, se sigue que no solo le pasa el dominio útil, como sucede en el contrato enfitéutico, sino tambien el dominio directo, y de aqui nace el vulgar axioma que el censo se paga de cosa propia, y la pension ó canon de la agena, aludiendo á que la cosa de que paga el enfiteuta la pension pertenece á otro en cuanto al dominio directo.

5 A mas de esto se diferencian el contrato de censo y el enfitéutico en que si el enfiteuta deja de pagar dos ó tres pensiones pierde el dominio útil, el que se transfiere al propietario, lo que no sucede en el contrato de censo aunque no se pague en muchos años.

6 Tambien se diferencian en que el enfiteuta no puede vender el predio sin requerir al propietario, y de no hacerlo pierde el dominio útil, y vendiendo el fundo con noticia del propietario tiene que dar á este el laudemio del precio del fundo, no siendo necesario nada de esto en el que paga el censo, quien puede enagenarlo sin consentimiento del censualista, ni tiene que pagarle cosa alguna.

7 El censo consignativo es el que se consigna y constituye en los bienes de aquel que lo concede, permaneciendo en el concedente tanto el dominio útil como el directo, y si se constituye mediante precio, como regularmente sucede, es verdadera compra y venta, pudiendo tambien constituirse por otros varios títulos, como de permuta, donacion, compensacion &c.

8 El censo consignativo se divide por razon de la materia en real, personal y mixto. Real, como queda dicho, es el que se funda sobre alguna finca ó fundo del cual se ha de pagar la pension. Al derecho de percibir la pension corresponden en este censo tres obligaciones, una que se halla en la cosa que debe el censo, y esta obligacion se llama real, porque siempre sigue á la cosa que esta obligada; otra se llama personal por estar constituida en la persona de aquel de quien es la cosa, porque la obligacion de la cosa es indispensable que redunde en el dueño de ella, y otra obligacion es la cosa que se debe, cual es la pension misma.

9 Censo personal es el que inmediatamente se constituye sobre la persona, obligándose esta á pagar la pension, y en este censo solo hay dos obligaciones, una de la persona y otra de la pension, pues aunque intervenga hipoteca no proviene en virtud del contrato censual, sino por otro contrato dirigido á la mayor seguridad del contrato censual, por lo que no se ha de exigir la pension de la hipoteca sino en el caso de no poder cobrar de otro modo del deudor.

10 Mixto és el que se constituye sobre una cosa y sobre la persona, obligándose esta á pagar la pension aunque perezca la cosa obligada.

11 Considerado el censo por razon de la pension se divide en fructuario y pecuniario, el primero es el que se ha de pagar en frutos, y el segundo en dinero; y en cierto é incierto. Cierto es cuando se ha de pagar una cierta cantidad de dineros ó frutos, é incierto cuando se haya de satisfacer la tercera ó quinta parte de frutos, como estableció Josef en Egipto, bien que esta condicion no puede ser lícita sino en el censo reservativo.

12 Por esto en el censo consignativo mandó Cárlos V por su pragmática del año de 1534, que es la ley 4.ª, tít. 15, lib. 5.º de la Recopilacion, que la pension que se pagaba en pan, vino ó aceite y otras especies, se redujese á dinero á razon de uno por catorce; véase á Covarrubias *var. res.*, lib. 3.º, cap. 10, número 3.º

13 Por razon del tiempo se divide en perpetuo y temporal, y el perpetuo en redimible é irredimible, de que se infiere que todo censo irredimible es perpetuo,

pero no todo censo perpetuo es irredimible. El temporal se subdivide en el que se estiende á un cierto tiempo, como de veinte ó treinta años, ó á un incierto, como por la vida de uno ó mas hombres, que se llama vitalicio.

14 Vistas las varias especies de censos resta examinar de qué censo habla la ley cuando manda que se guarde el pacto de que caiga el fundo en que se haya constituido el censo en comiso, aunque el dicho pacto sea grande y esceda en mas de la mitad del justo precio. Covarrubias en el cap. 7.º, número 1.º, lib. 3.º, *var. res.*, afirma que la práctica de los tribunales reales solo admite ese contrato en censo reservativo, constituido sin el pacto de ser redimido; Gutierrez *de jur. conf.*, parte 1.ª, cap. 31, número 10 al fin, dice, refiriéndose á Mejía, que lo mismo sucede aunque el censo sea redimible, y faltando estas circunstancias, dice que por una benigna interpretacion del derecho jamás obtiene el que pide se le adjudique el comiso en virtud de la ley real. Molina *de just. et jure*, en la disposision 381, número 6.º, y en la 390, número 25, tratado 2.º, citando á Covarrubias, Medina, Gutierrez y otros, afirma que la ley de Toro no puede tener lugar en el censo consignativo, sino en el reservativo, y es la razon, segun el mismo, por qué en el censo reservativo cómo se concede la heredad ó fundo en cuanto al dominio y propiedad reservándose la pension, puede el que concede el fundo no querer concederlo, sino con el pacto de que no pagándole la pension en tanto tiempo vuelva el fundo á él en cuanto al dominio y propiedad, al modo que el que concede alguna heredad en enfiteusis puede lícitamente no querer concederla en cuanto al dominio útil, sino bajo la misma condicion.

15 No asi en el censo consignativo, porque el que lo concede no recibe del que lo compra el dominio útil ni directo, sino únicamente el precio de él, en virtud del cual adquiere el comprador el derecho de percibir cada año la pension estipulada.

16 No se puede dudar que la ley habla del censo consignativo, como claramente se infiere de su contesto, cuando dice que el que pusiere sobre su heredad algun censo con condicion de que no pagando á los plazos señalados caiga en comiso, quede obligado al contrato, pues en el censo consignativo es donde se verifica que el que lo impone los constituye sobre su heredad, conservando el dominio útil y directo de la misma, en una palabra, se constituye deudor y se obliga á pagar cierta pension; lo contrario sucede en el que constituye el censo reservativo, el cual pierde el dominio que tenia en su heredad, y los transfiere y pasa al censuario, que se hace dueño de ella, y es el que queda obligado á satisfacer la pension, de forma que en el censo reservativo el que lo constituye tan lejos está de obligarse á satisfacer pension alguna, que antes bien se constituye acreedor á la misma.

17 Mas claro, la ley dispone que el obligado á pagar el comiso sea el que pone el censo sobre su heredad, es asi que en el censo consignativo es donde únicamente se verifica este, pues en el reservativo el que impone el censo tan lejos está de constituirse obligado al comiso, que antes bien se hace acreedor á la pension como verdadero censualista, luego la disposicion de la ley solo habla del censo consignativo, sin poderla estender al reservativo sin violentar manifiestamente sus palabras.

18 Del mismo dictámen es el padre Molina en la disputacion 390 citada, siguiendo á Gutierrez *de jur. conf.*, parte 1.ª, cap. 31, número 10, quien reconoce que estas palabras de la ley "que si no pagare" se refieren á las anteriores "si alguno pusiere sobre su heredad," que es lo mismo que referirse al dueño de la heredad que constituye el censo sobre ella, y de consiguiente dice que habla la ley del que constituye el censo sobre su heredad permaneciendo la heredad censuaria en dominio del mismo dueño que constituyó el censo, lo que únicamente se verifica en el censo consignativo, y despues de referir el dictámen de Covarrubias, que queda citado, afirma con Olano y Alvaro Velasco que la ley real, aunque espresamente habla del censo, únicamente se practica en el enfiteusis perpetuo, cuya práctica vió observar el mismo Gutierrez en la Chancillería de Valladolid, y en las prácticas, cuestion 168 del lib. 2.º, confirma lo que deja dicho en el lugar referido. Acevedo, despues de referir mucho de lo que trae Gutierrez, concluye al número 10 diciendo que las palabras "sobre su heredad" se han de entender del que constituye un enfiteusis perpetuo en su fundo, y las demas palabras con que

continúa la ley se han de adoptar á este sentido, y asi se ha de defender intrépidamente.

19 Esta esposicion de Acevedo es no solo falsa, sino que haria inútil la disposicion de la ley, pues prescindiendo de la práctica que atestiguan los autores citados, y tambien Orozco y Matienzo, á que no debe atenderse cuando se trata de la verdadera inteligencia que debe darse á las palabras de la ley, la que espresamente dice que si alguno pusiere sobre su heredad algun censo, cuyas palabras no pueden aplicarse en manera alguna al enfiteusis, porque la imposicion que se hace en el enfiteusis no se impone en fundo propio del enfiteuta, sino en ageno, que lo es el señor del directo dominio, con que mal puede verificarse que la imposicion del censo de que habla la ley se haga en un fundo propio del que se constituye deudor de la satisfaccion del censo.

20 Seria inútil la disposicion de la ley si se hubiera de entender del contrato enfitéutico, pues no solo por el derecho civil y canónico, ley 2.ª, C. *de jure emphiteut.*, y el cap. 4.º, tít. 18, lib. 3.º de las decretales, se disponia que no pagando el enfitéuta por dos ó tres años la pension volviese el fundo al señor del directo dominio, sino que la ley real 28, tít. 8.º de la partida 5.ª espresamente ordena que si la cosa dada en enfiteusis fuese de Iglesia ó de órden, y el que la tuviese retuvo la renta ó el censo por dos años, ó si fuese de hombre lego por tres, que los señores de ella sin mandado del juez la puedan tomar; donde claramente se manifiesta que el enfitéuta por la omision de pagar la pension por el tiempo que señala la ley perdia la cosa dada en enfitéusis, sino que en la misma se dice que volvia al señor de ella, luego es claro que el censo enfitéutico no se pone sobre el fundo propio del enfitéuta, y de consiguiente las palabras de la ley "si alguno pusiere sobre su heredad algun censo" no pueden aplicarse al contrato enfitéutico, por el cual el censo no se impone sobre la heredad del enfitéuta, sino sobre la del dueño directo.

21 Todavia se persuade esto mismo con la disposicion de la presente ley, que habla de un contrato que se celebra con la condicion ó pena convencional de que no pagando á ciertos plazos caiga la heredad en comiso, lo que denota que no se habla de una pena legal, cual es la que se establece por derecho en el contrato enfitéutico, sino de una convencional por convenio de ambas partes.

22 Para proceder en este punto, que no deja de ser oscuro y dificil, con la debida claridad se ha de tener presente que queriendo el Emperador Justiniano remover las dudas y cuestiones que se originaban acerca de las penas convencionales, y graduar el perjuicio ó utilidad que se irrogaba, ó de que se privaban á una de las partes por la falta de cumplimiento de lo que se le habia prometido, estableció en la ley única, C. *de sententiis quæ pro eo. C. interest*, la regla que debia observarse, reducida á que en todos los casos en que hay cantidad cierta, como en las ventas, locaciones y todos los demas contratos, la cota del interes no debia esceder el duplo de la cantidad de que se trataba, y en los demas casos en que no se trataba de cierta cantidad, como cuando las promesas eran de hacer, por lo que los llama inciertos, dejó al prudente arbitrio de los jueces regular el daño que habia resultado á uno de los interesados para decretar su resarcimiento, debiendo observar lo mismo cuando se habia verificado privacion de lucro ó utilidad, y concluye que tan solamente se han de exigir aquellas penas que se pactan con la competente moderacion, ó se establecen por las leyes con cierto fin ó motivo.

23 Tratando de la esposicion de esta ley opinan algunos autores, referidos por Antonio Perez en el Comentario al título dicho del código, que tanto en las penas convencionales como en las legales, el interes no puede esceder del duplo; pero el mismo Antonio Perez se aparta de esta sentencia, y con referencia á Donelo en el capítulo último de su tratado *eo quod interest*, afirma que por ningunas leyes se ha establecido ciertos límites á las penas que no sea permitido aumentarlos por medio de la convencion, lo que dió causa á distinguir las penas convencionales de las legales, porque en estas hay cierto término y modo á que debe sujetarse el juez; pero en aquellas no hay otro modo ó término que el que se fija por la convencion, y asi es de parecer que la constitucion de Justiniano habla de la tasa de aquello que interesa, cuya cantidad es incierta, y por lo tanto se ha de fijar y determinar por el juez, pero no de la que se señala por la convencion de las

partes, la cual es cierta y está determinada, y en ella aunque esceda el duplo debe ser condenado el reo que no cumplió lo que habia prometido.

24 Qué cosa mas justa, prosigue, que el que quede obligado el reo á satisfacer aquella cantidad que señaló y fijó por su propia voluntad, á fin de que el acreedor no fuese engañado en lo que estipuló lo que se le habia de dar por su interes, el que con precaucion, mirando por sí, redujo la cantidad á una cuota fija para no esponerse á pleitos y litigios.

25 Para hacer ver la verdadera inteligencia que debe darse á la constitucion de Justiniano, y venir en conocimiento de cuál de las dos opiniones que se han referido de los autores citados es mas conforme y arreglada á la letra y espíritu de dicha constitucion, debe suponerse que esta no habla de las penas legales que se imponen por contradiccion ó transgresion á lo dispuesto por las leyes, porque en estas es árbitro el legislador de establecer aquellas penas pecuniarias que tenga por mas conveniente para impedir los delitos de hacerse obedecer, como sucede frecuentemente en materia de contrabando, en el que comunmente establece la pena de comiso de las mercaderías prohibidas á comercio, y lo mismo en las permitidas si se falta á alguna formalidad prescripta para su introduccion ó transporte por el reino, cuya pena en los géneros permitidos escede veinte ó treinta veces mas á los derechos que habian de adeudar.

26 Trata, pues, Justiniano de proponer la regla que se debe observar para graduar el interes que corresponde abonar á una de las partes en virtud de las penas convencionales que se pactan, asi en los contratos como en otras convenciones, y establece la siguiente distincion: que en los contratos en que por su naturaleza hay cantidad cierta, como en los de venta, arriendo, y comunmente en todos los demas, el interes de la parte deben regularlo los jueces en términos que no esceda del duplo de la cantidad que interviene en los mismos, y en los demas actos ó convenciones en que no se espresa cantidad cierta y determinada, el interes de la parte se ha de graduar por el prudente arbitrio de los jueces, examinadas diligentemente las circunstancias del acto, de forma, que asi en los casos de mediar cantidad cierta como en los de no haberla, el interes que han pactado las partes no ha sido fijando y determinando la cantidad á que debia ascender, sino que se han contentado con indicarlo bajo el concepto general de resarcimiento de perjuicios y abono de utilidades por el que dejó de cumplir lo prometido.

27 De esta esposicion de la constitucion de Justiniano se infiere que la inteligencia que le intentan dar Alciato y Molineo no es adaptable á la misma, porque en ella, como se ha visto, no se habla de las penas criminales, sino únicamente de las convencionales, y los espresados autores pretenden estenderla tambien á las primeras, con sola la diferencia de que en las penas criminales ó legales no pueden esceder los jueces del duplo de la cantidad de que se haga mencion, y en las convencionales quieren que los jueces arreglen por un prudente arbitrio, por medio de su pericia y diligencia, el interes del daño irrogado, ó utilidad de que privó á una de las partes, la que no cumplió con lo estipulado.

28 Tambien se deduce que la opinion de Donelo y Antonio Perez es la mas conforme y arreglada á la letra y espíritu de la ley, que no habla de las penas legales, sino de las convenciales, y de estas solo en el caso de que se haya pactado el interes ó resarcimiento de perjuicios y abono de utilidades en general, sin pasar á fijar ó detallar su cantidad; y por la misma se coarta ó limita la facultad de las partes para no poder pactar la pena convencional que tengan por conveniente, aunque esceda el duplo de la cantidad contenida en el contrato, por lo que soy de parecer que la citada opinion de Donelo y Antonio Perez es mas adaptable á la decision de Justiniano, la que no es contraria, ni se opone á la contenida en la presente ley de Toro, porque en esta se señala y determina la pena en que se ha de incurrir en defecto del cumplimiento del contrato, esto es, en el comiso de la heredad censuaria, aunque esceda en mas de la mitad las pensiones del censo devengadas.

29 Mas análoga y concreta á la decision de la ley de Toro es la que se encuentra en la ley 32, tít. 5.º, partida 5.ª, donde hablando del vendedor de una heredad que pactó la eviccion ó saneamiento de ella, bajó la pena de satisfacer el duplo de su valor, ordena que no solamente debe pagar el duplo ó el precio doblado tan solamente,

"mas la cosa doblada maguer mas valiese," por cuyas palabras manifiestamente se da á entender, no solo que se puede pactar la pena del duplo del precio en el contrato de compra y venta, sino que deja al arbitrio del comprador de mandar el duplo del precio ó el duplo de la heredad, si acaso valia mas que el precio en que se habia vendido.

30 Consiguiente á esto mismo, prescribiendo la ley 56, tít. 18 de la partida 3.ª, la fórmula con que debian estenderse las escrituras de compra y venta, entre otras cláusulas pone la de que, si el vendedor ó sus herederos inquietasen al comprador en juicio ó fuera de él en el disfrute ó posesion de la heredad vendida, se les satisfaga el duplo del precio dado por ella, la cual pena dice que la pueda demandar el comprador tantas veces cuantas el vendedor ó sus herederos obrasen contra lo prometido.

31 Tambien hablan de estas penas convencionales las leyes 34 y 40 del tít. 11 de la partida 5.ª, y en la 1.ª se dice que si en la promesa se obligó el promitente á satisfacer la pena y á cumplir lo prometido, en tal caso siempre que dejase de cumplir lo que habia ofrecido, podia demandársele la pena y la cosa prometida. En la 2.ª se dispone que cuando la pena se impone sobre alguna cosa que se obliga á hacer, incurre en ella el que no cumple; pero si fuese estipulada sobre entrega de cierta cantidad podrá exigirla aquel á quien se ha hecho la promesa, con tal que no tenga contra sí la sospecha de usurero.

32 En estas dos leyes se habla, como se ha visto, de penas convencionales, asi de cantidad cierta como incierta, y en ninguna se fija y limita la cantidad de que no debe esceder la pena, antes bien en ambas se dispone que el obligado cumpla lo prometido, sin otra escepcion que el ser sospechoso de usurero el que pactó á su favor la pena de cantidad.

33 Si por la constitucion de Justiniano no se limita la facultad de los contrayentes para pactar la pena de cualquier cantidad que tengan por conveniente, y por las de partida que quedan citadas espresamente se permiten las del duplo de la cantidad que ha intervenido en el contrato, qué razon puede haber para graduar de injusta la decision de la presente ley de Toro, porque permite que en el contrato de censo reservativo se pacte la pena de comiso de la finca censuaría en defecto de pagar las pensiones, aunque el valor de la finca esceda en mas de la mitad el valor de lo que se ha dejado de satisfacer, para que Gutierrez en el lib. 2.º, cuestion 168 de las civiles, número 10, afirme que debiéndose entender la resolucion de la ley de Toro de un contrato censual consignativo, se debe tener por rigorosa, porque la pena de comiso en dichos censos consignativos es injusta é inicua, por lo que dice que en la práctica nunca fue recibida ni observada, sino únicamente en los censos perpetuos reservativos con pacto de no poderse redimir, y lo mismo dice Matienzo en la ley 1.ª, título 15, lib. 5.º de la Recopilacion, afirmando que en los censos reservativos es muy equitativa la práctica de admitir la pena de comiso, la que vió observar y tiene por justa y equitativa, aunque contraria á las palabras de la ley, y lo mismo habia dicho Álvaro Velasco, *de jure emphiteutico*, cuestion 32, número 31.

34 Como estos autores, incluso Covarrubias en el lugar arriba citado, reconozcan por justa y equitativa la pena de comiso en el censo reservativo, y la graduen de inicua é injusta en el consignativo, se hace preciso examinar la razon ó fundamento en que apoyan su distincion.

35 No es de la naturaleza y esencia del censo reservativo que su constitucion sea por título meramente lucrativo, pues puede igualmente hacerse por el oneroso de compra y venta, como lo afirma Lesio en el cap. 22 *de censibus*, duda 2.ª, como si se dijera, te vendo esta heredad por tres mil reales, por ejemplo, de los que me darás dos mil, y los otros mil restantes quedarán impuestos al rédito de tres por ciento.

36 En este caso se verifica un verdadero censo reservativo, por el cual el vendedor al tiempo de transferir el dominio de su heredad se reservó el derecho ó censo de recibir cierta pension correspondiente á la parte del precio que dejó de percibir por ella, de forma que aqui se encuentra todo lo que constituye la esencia del censo reservativo, esto es, la traslacion del dominio de la heredad censuaria del vendedor ó censualista en el comprador ó censuario, y la reserva del primero del derecho de exigir cierta pension, y la obligacion del segundo de satisfacerla.

37 Supóngase ahora que el dueño de una heredad de valor de tres mil reales se

impone un censo de mil de capital al rédito de tres por ciento, y se pacta la pena de comiso, en caso de no satisfacerse las pensiones por determinado número de años. Asi en este censo como en el reservativo el dominio de la heredad gravada reside en el censuario, y en virtud de la pena de comiso se priva á este de las dos terceras partes del valor de dicha heredad.

38 Ahora bien, si la pena de comiso se pacta espresamente en uno y otro censo, y en ambos es de la misma gravedad, ¿qué causa puede haber para que en el censo reservativo se tenga por justa y arreglada, y en el consignativo por inicua é injusta?

39 Se alega con apariencia de decir algo de importancia, que en el censo reservativo se presume que el dueño de la heredad no se enagenaria de ella sino con la condicion de que en caso de suspender el censuario el pago de las pensiones cayese la heredad en comiso; pero como en el censo consignativo entrega igualmente su dinero el censualista al censuario, y pacta del mismo modo la pena de comiso, deberá por igual razon presumirse que el censualista de otro modo no se hubiera desprendido de su dinero, sino con la condicion de que en defecto de satisfacer las pensiones el censuario cayese la heredad en comiso, y si no dígase qué razon fundada puede darse para que en el censo reservativo el pacto del comiso suponga una condicion, sin la cual se presume que la voluntad del dueño de la heredad no fue de constituir el censo, y que en el consignativo el mismo pacto no suponga igual condicion, sin la cual la voluntad del dueño del dinero fue el no entregar su dinero á censo.

40 El que el censuario en el censo consignativo tenga el dominio de la heredad con anticipacion al censo, y en el reservativo lo adquiera al tiempo de la constitucion del mismo, es una diferencia que nada puede influir para impedir ó no su traslacion en virtud del pacto de comiso, porque el dominio no adquiere su legitimidad y firmeza en virtud del tiempo que se tiene, sino del título de su adquisicion.

41 Añade Covarrubias en el lugar citado otra condicion ó requisito para que la pena de comiso tenga lugar y se ejecute en el censo reservativo, y es la de que este ha de ser perpétuo y no temporal ó redimible; como no da la razon en que funda esta diferencia, y por otra parte se echa de ver que en nada puede contribuir la perpetuidad ó temporalidad de censo para atribuir efectos tan diferentes á la pena de comiso, cuando siempre esta recae sobre el moroso en satisfacer las pensiones del censo, y á mas por la uniformidad ó paridad establecida arriba entre el censo reservativo y consignativo en cuanto á la pertenencia del dominio al censuario, parecia que por igual razon en el censo consignativo deberia admitirse la misma distincion en cuanto á incurrir en la pena de comiso si era perpétuo y no temporal, por lo que tengo por perdido é inútilmente gastado el tiempo que se ocupe en adivinar el fundamento de la distincion de Covarrubias, contentándome con advertir que Luis Mejía, discípulo de Covarrubias, en su segunda parte, fundamento 2.º, en el Comentario á la ley real de Toledo, número 36, se aparta de la opinion de su maestro, admitiendo la pena de comiso en el censo reservativo redimible ó temporal, y del mismo dictámen es Gutierrez en su tratado del juramento confirmatorio, parte 1.ª, cap. 31, número 10 al fin, entendiéndolo del censo enfitéutico, cuya inteligencia no solo es contraria á las palabras espresas de la ley, como se ha manifestado arriba, sino que hace inutil su disposicion, pues no solo por el derecho civil, sino por el canónico y real de las partidas estaba dispuesto que no pagando el enfiteuta por el espacio de tres años la pension, volviese la heredad ó fundo al señor del directo dominio, ley 2.ª, C. *de jure emphiteutico*, cap. 4.º, tít. 18 *de locato et conducto*, libro 3.º de las decretales, y la ley 28, tít. 8.º, partida 5.ª

42 El pacto de comiso no es por su naturaleza inicuo é injusto, como lo afirma Soto *de justitia et jure*, libro 6.º, artículo 2.º, donde reconoce que se puede imponer por pena, y cita en comprobacion la presente ley de Toro, advirtiendo que para que la pena sea justa se ha de atemperar á la gravedad de la culpa, cuyo temperamento cuadra muy bien con la esposicion que hace Juan de Medina en su código *de restitutione, de cens. redimib.*, folio 181, donde hablando de la presente ley afirma que su resolucion tomada en un sentido absoluto seria injusta, porque si en una heredad de cuatro mil ducados de valor se hallase constituido un censo pequeño de veinte ó treinta, que redituase un ducado de pension, y se pactase el comiso de la heredad, si no

pagaba el censualista en dos ó tres años la pension ó censo, se seguiria que por los dos ó tres ducados de las pensiones, y los veinte ó treinta del capital del censo, tenia el censaulista un justo título para adquirir toda la heredad que valia cuatro mil ducados, lo que ciertamente no puede admitirse.

43 Se corrobora esta doctrina con lo que se dispone en la ley 41, tít. 5.º, partida 5.ª, y en la 12, tít. 13 de la misma partida, en las que espresamente se prohibe el pacto de que caiga en comiso la cosa que se da en prendas, si al dia señalado no se vuelve la cantidad que se prestó, ó no se cumple lo prometido, por el perjuicio que se seguiria á los que precisados de la necesidad empeñaban alguna alhaja ó finca por el dinero tomado á préstamo.

44 De la ley de Toro no hay que recelar los perjuicios de que habla Medina, y los inconvenientes que intentan precaver las leyes citadas de partida, porque en dicha ley no se aprueba el comiso de la finca censuaria por cualquiera atraso de pago de pensiones, sino que lo estiende á cuando estas escedan en mas de la mitad el valor de la heredad, y como por otra parte queda ya manifestado que las penas convencionales que no escedan del duplo de la cantidad cierta son justas y legales, se deduce por una consecuencia legítima que la decision de la ley de Toro solo estiende el permiso de la pena de comiso á cuando la cantidad de las pensiones devengadas no escedian al duplo del valor de la heredad censuaria, con lo que queda precavido el inconveniente de aplicar la decision de la ley de Toro al censo reservativo contra las palabras de la ley, lo que no es permitido ni á los comentadores, ni aun á los tribunales supremos, porque como observa Juan García en el capítulo 9.º de su tratado *de expensis*, número 68, hablando de este caso dice que los tribunales supremos tienen obligacion de consultar al Príncipe en los casos dudosos, ó de entender la ley en el sentido que espresan sus palabras.

45 Habiendo manifestado ya la inteligencia que debe darse á la decision de la presente ley, convendrá para su mayor ilustracion decir algo del orígen de los censos reservativo y consignativo, de la especie en que debe satisfacerse la pension por nuestras leyes reales, y la cuota que no puede esceder.

46 El censo reservativo es de una data tan remota y antigua, que trae su orígen de los Egipcios en tiempo de José, hijo del patriarca Jacob; era primer ministro del Rey Faraon, quien despues de haber comprado todas las tierras de sus súbditos, en precio del grano que les dió para mantenerse en los siete años de esterilidad que sufrió el pais, les volvió á dar las tierras, reservándose el derecho de percibir la quinta parte de sus frutos, segun consta del capítulo 47 del Génesis.

47 Posteriormente á esta época no se hace mencion de este censo, ni en las leyes romanas, ni en el código gótico, ni el fuero real, ni de las partidas, ni en el ordenamiento real en que se recopilaron las leyes de los Reyes sucesores á don Alonso el Sabio hasta los Reyes católicos, ni tampoco se halla el menor vestigio del censo consignativo en estas diversas épocas, de forma que la primer ley que se halla en nuestros códigos legales que habla de censos, especialmente del consignativo, es la presente de Toro, que se ha insertado en la 1.ª del título 15, libro 5.º de la Recopilacion.

48 Tratando el sutil y diligente Bartolomé de Albornoz de señalar la época ó tiempo en que se introdujo en Castilla el censo al quitar, por el que entiende el consignativo, afirma en el libro 3.º, tít. 2.º del arte de los contratos, que el censo al quitar es tan nuevo en Castilla, que hasta el año de 1492, en que los Reyes católicos espelieron á los judíos de España, no ha encontrado vestigio de este censo, sin embargo de las diligencias que habia practicado conducentes al intento.

49 El mismo autor supone que en Alemania ya habia nociones de este ejemplo á principio del siglo XV, y cita en comprobacion la decretal del Papa Martino V, que se halla en el título de *emptione et venditione* de las estravagantes comunes, dada en el año 8.º de su pontificado, que corresponde al de 1425, y tambien es de opinion que en los fueros de Valencia y Aragon se hacia mencion de dichos censos, especialmente en tiempo del Rey don Alonso, que conquistó á Nápoles, y aunque no cita ninguno perteneciente á este Rey, no puede dudarse que en la época anterior de don Martin, Rey de Aragon, ya se encuentra un fuero que disponia acerca de esta especie de censos, y es el único del título de *censalibus* de 1398, de que infiere que si hubiera ha-

bido en Castilla nociones de estos censos se hallarian leyes que hablasen de ellos, las que no se encuentran, siendo las mas antiguas que tenemos las de Toro, hechas en el año de *1509* por la Reina doña Juana, lo que reputa por un argumento urgentísimo de lo que acaba de decirse.

50 Por lo que hace á la época de la formacion de las leyes de Toro, y el autor á quien se le atribuye, comete Albornoz dos errores capitales, pues es bien sabido que las leyes de Toro no se publicaron en el año que supone, sino en el de 1505, y su autor no fue la Reina doña Juana, sino los Reyes católicos don Fernando y doña Isabel.

51 Feliciano Solís, catedrático de derecho canónico en la universidad de Alcalá de Henares, en el libro 1.°, capítulo 1.°, número 18 de su tratado *de censibus*, refiere los dos errores de Albornoz, sin impugnarlos, de que se infiere que no los conocia, lo que presta un manifiesto convencimiento de cuán escasas y equivocadas eran las noticias que tenian estos autores de la historia de nuestra jurisprudencia ó cuerpos legales, sin embargo de ser ambos tenidos por críticos y diligentes, y haber publicado sus obras en el siglo XVI, y á pesar de esto ignoraban los hechos acaecidos á principios del mismo siglo.

52 Tengo por fundada la congetura de Albornoz, de que los censos se introdujeron en Castilla á últimos del siglo XV, á imitacion de lo que ya se practicaba en el reino de Aragon, y acaso podrá decirse con igual probabilidad que á semejanza de los juros introducidos en Castilla en el reinado de don Enrique IV se establecieron los censos, pues entre estos y los juros no hay otra diferencia sino la de que los juros se imponian sobre las alcabalas, tercias y otras rentas de la corona, y los censos sobre los bienes de los particulares, comprándose unos y otros por cierta cantidad de dinero, con obligacion de satisfacer la pension que se señalaba, bien fuese en maravedis ó en otras especies, como se puede ver en el capítulo 95 de la crónica de los Reyes católicos, escrita por su cronista Hernando del Pulgar, donde refiere las esquisitas diligencias que practicaron los mismos Soberanos en las córtes de Toledo de 1480, con el fin de averiguar los juros de orígen vicioso de los que no lo eran, anulando unos y moderando ó confirmando otros, de que dimanaron las leyes 15 y 17 del tít. 10, libro 5.° de la Recopilacion.

53 Por lo que hace á la pension que debia satisfacerse por los censos se ordenó en la ley 4.ª, título 15, libro 5.° de la Recopilacion, que desde alli en adelante, esto es, desde 1534 no se pudiesen constituir censos al quitar bajo la condicion de que la pension se haya de satisfacer en pan, vino, aceite ú otra cualquier especie que no sea dinero, y se mandó que los censos que en otro modo se hubieran constituido en dichas especies se redujesen á dinero al respecto de catorce mil maravedís el millar, que viene á corresponder á un poco mas del siete por ciento, por cuya disposicion se coartó y moderó la resolucion de la ley de Toro, que general é indefinidamente permitia la constitucion del censo consignativo al quitar en dinero ó en especie.

54 Aunque ha permanecido invariable la ley que prohibia constituir las pensiones de los censos en otras especies que en dinero efectivo, no ha sucedido lo mismo con respecto á la cantidad ó cuota de dicha pension. Se ha visto que por la ley 4.ª del título y libro citado, que fue del Emperador Cárlos V y de su madre la Reina doña Juana, se limitó la cuota ó tasa de la pension á poco mas del siete por ciento del capital, y lo mismo quiso que se observase el Rey don Felipe II en el año de 1563, segun consta de la ley 6.ª del referido libro y título, estendiendo su disposicion á los juros que el Rey hubiese vendido ó vendiese en adelante.

55 Por los años de 1608 y 1621 se moderó ó rebajó el rédito ó pension de los censos, como se echa de ver en la ley 13 y 14 de dicho título, publicadas por don Felipe III y don Felipe IV, en que se prohibe que los censos al quitar se constituyan á menos precio de dos mil el millar, que equivale al cinco por ciento de capital, cuya providencia confirmó don Cárlos II en el año de 1680, segun consta del auto 7.°, título 15, libro 5.° de los acordados, y últimamente don Felipe V por su pragmática de 1705 rebajó y fijó el rédito de los censos á un tres por ciento, y el precio de sus capitales á un treinta y tres y un tercio al millar, ley 15 del espresado título y libro, habiendo estendido esta su disposicion en el año de 1727 á los juros, segun consta del auto 6.° de igual título y libro de los acordados. La resolu-

cion de don Felipe V, quiso su hijo que se observase y estendiese á toda la corona de Aragon desde el año de 1750, ley 16 del mismo título y libro.

56 Se hace reparable que la razon en que fundó don Felipe V la rebaja que hizo del rédito de los censos en su pragmática de 1705, no fue en la mayor abundancia del dinero, sino "en que el tiempo habia minorado el valor de las haciendas redituables, no habiendo alguna que produzca el rédito ó frutos que antes hizo, proporcionados los intereses á razon de á veinte mil el millar," sin hacer la mas mínima mencion del valor que fue teniendo la moneda con motivo de su mayor abundancia desde el descubrimiento de la América. Hablando de los intereses del dinero el señor conde de Floridablanca en el espediente del reverendo obispo de Cuenca, al folio 101 vuelto, número 444 y siguiente, dice lo que sigue. Los intereses del dinero son un barómetro, cuya baja ó subida demuestra la estimacion legítima de la moneda, su valor ó envilecimiento. Baja precisamente el rédito de una alhaja si ella se deteriora ó envilece. Mas vale lo que mas produce, y por el contrario.

57 Contrayéndose despues al rédito de los censos, refiere las variaciones que quedan notadas, y consta de las leyes que se han citado, de que infiere al número 448 que comparándose el valor antiguo al que actualmente se esperimenta, se verá la baja prodigiosa que ha tenido la estimacion del dinero, infiriendo con respecto á los censos que desde el año de 1572 un capital de catorce mil valia tanto como lo que ahora vale uno de cincuenta ó de cuarenta, de que concluye que por una regla clara y moderada de proporcion se descubre que sin exageracion tenia el dinero algo mas de dos terceras partes de mayor estimacion el año de 1572 que al tiempo presente, ó dos siglos despues.

58 Convienen los mas sabios economistas, como son Smit, Say y el conde Destutt de Tracis que desde el descubrimiento de la América ha bajado ó disminuidose el valor de la plata de uno á cuatro con corta diferencia, y de uno á tres el del oro, que es decir, que la plata ha perdido tres cuartas partes de su valor antiguo, y dos terceras el oro, á lo que comunmente se atribuye la rebaja del rédito de los censos, y generalmente la del interes del dinero. Pero Say en el capítulo 13 y 14 del número 4.º de su economía política, y de su edicion castellana, folio 171 del año 7., y en el capitulo 8.º, número 2.º del anterior tratado, refundido y aumentado por el mismo autor en la edicion castellana del año de 1816., folio 361, establece como cosa segura y manifiestamente cierta "que la abundancia ó escasez del dinero, de la moneda ó cosa que lo valga, no influye absolutamente nada en la tasa del interes, al modo que no influye tampoco la abundancia ó escasez de la canela, de trigo ó de los tejidos de seda." Cuya opinion podrán examinar los que desean instruirse en la economía política, tan necesaria y útil para la prosperidad de los gobiernos, bajo cualquiera constitucion.

59 No será fuera de propósito, antes bien lo creo muy conveniente, decir algo de la justicia de los censos, y en especial entrar á examinar si son útiles ó perjudiciales en lo político, acerca de lo cual hay autores nacionales de la mayor nota y gravedad que los reputan por perniciosos.

60 Que los censos sean justos y lícitos en lo moral, lo tienen declarado repetidas veces los Soberanos Pontífices, como se echa de ver en el capítulo 1.º y 2.º del título *de emtione et venditione* de las estravagantes comunes, en que los Papas Martino V y Calisto III á los principios del siglo XV, y poco mas de la mitad del mismo, publicaron sus constituciones, y posteriormente en el siglo XVI san Pio V publicó su bula en 1568, en donde prescribe varias formalidades y requisitos que deben observarse en la constitucion de los censos, para que sean tenidos y reputados por justos, y entre dichos requisitos es uno que se impongan y sienten con dineros de presente, cuya bula en esta parte no está recibida en España, como consta de la ley 10 del citado título 15, de que se suplicó por el fiscal de S. M., y tambien de otros puntos contenidos en la misma, y con referencia á Gutierrez en sus prácticas, número 2.º, cuestion 177, en que habla de la súplica que interpuso al Pontífice el Rey don Felipe II acerca de varios puntos que se contenian en la espresada bula, [illegible]e el Papa Benedicto XIV en el número 10 capítulo 5.º *de sinodo diocesano*, que el Papa san Pio V, aunque concedió á los españoles á instancia de su Rey don Felipe II que no observasen aquellas condiciones que no son

derecho natural ni divino, con todo sospecha con harto fundamento que en el censo meramente personal, especialmente redimible por una y otra parte, son necesarias, no solo aquellas condiciones que exige la constitucion pontificia, sino tambien el mismo derecho natural y divino, para evitar no sea un contrato *de mutuo* disfrazado y encubierto, y usurario delante de Dios.

61 Menos dificultad presenta á mi parecer la resolucion de la duda de si los censos son ó no útiles en la sociedad, aunque son bastantes los autores que les niegan esta cualidad: Mateo Lopez Bravo en el número 3.º *de rege, et regendi ratione* es de dictámen que los censos son peores que la usura, porque de ellos se sigue y origina cada dia la disminucion de las negociaciones, y se aumentan los ociosos, de que dimana la inaccion, el lujo y la despoblacion.

62 Del mismo dictámen es Pedro Fernandez Navarrete en el discurso 39 de sus políticos ó conservacion de las monarquías, folio 270, y afirma que mientras haya en la república juros y censos no habrá estimacion de la labranza: don Juan de Solorzano en el tomo II *de Indiarum jure*, número 1.º, capítulo 14, número 113, se conforma con el dictámen de los autores referidos: don Alonso de Olea en el título 7.º, cuestion 2.ª, número 7.º *de cesione jurium,* alabando por justas las disposiciones de las leyes 2.ª y 3.ª del referido tít. 15 de la Recopilacion que prohiben que se impongan nuevos censos sobre fincas que ya estan gravadas con otros, ocultando esta cualidad, esclama: ojalá nuestras leyes no solo prohibieran semejantes fraudes, sino que impidieran, ó por lo menos no permitieran, sino con conocimiento de causa la imposicion de nuevos censos que disminuyen el patrimonio de los ciudadanos, hacen á los hombres ociosos é inútiles, y minoran la agricultura y el comercio.

63 Don Vicente Vizcaino en el año de 1766 publicó sus discursos políticos sobre los estragos que causan los censos, y procurando multiplicar y agravar estos estragos nada ha añadido en realidad á lo que han dicho los autores que se han referido, pues aunque en el número 46 se propone persuadir que los censos, en especial los consignativos redimibles, son ocasion de muchos males espirituales y temporales, toda la prueba de su proposicion la reduce al siguiente silogismo: los censos son padres de la ociosidad: esta es madre de todos los vicios; luego los censos son la raiz de todos ellos; pero todo este silogismo y la prueba que de él se lisongea sacar el autor se desvanece y disipa, negando la proposicion principal en que atribuye á los censos ser padre de la ociosidad, cuya falsedad haré demostrable en el progreso de este discurso.

64 Contra este torrente de autoridades, que mas bien deben reputarse efecto de rutina que de reflexion, á semejanza de lo que dijo Decio, jurisconsulto italiano del siglo XV en el consejo 499, donde hablando de los jurisconsultos de su tiempo se esplica en estos términos, *doctores nostri aves imitantur quia una volante ceteræ inconsulto sequuntur*, se presenta la esperiencia de lo que cada dia sucede, apoyada de la razon, que debe ser el único móvil y fundamento de nuestras opiniones. Pasemos á demostrarlo.

65 Se halla un propietario de fincas en la necesidad de costear ciertos gastos superiores á sus ahorros, bien sea que la necesidad dimane de infortunio ó calamidad, como de una enfermedad grave, dispendiosa y dilatada, ó que provenga de tener que reparar algun edificio ruinoso, como sucede con harta frecuencia, especialmente en casa de mayorazgo ó vinculada. Tambien suelen imponerse censos con el fin de desmontar algun terreno, darles riego á tierras de secano, ó de resguardarlas con alguna cerca, y por último no es estraño que con motivo de tomar estado ó darlo alguno de sus hijos, ó posesionarse en algun empleo, necesite el agraciado agenciar las sumas de dinero que crea indispensables para salir de sus apuros.

66 En todos estos casos se ve el menesteroso en la triste precision de recurrir á tomar dinero á interes, vender sus fincas ó gravarlas con algun censo: si elige el primer medio de tomar dinero á interes, su suerte será mas gravosa, por ser mayor el rédito del interes del dinero que el de los censos, como consta de la ley 9.ª, título 18, libro 5.º de la Recopilacion, donde el Emperador Carlos V y su madre la Reina doña Juana prohibieron que el rédito del interes del dinero no pudiese esceder del diez por ciento, y en la ley 4.ª del tít. 15 del mismo libro, que es de los mismos Soberanos, y del año de 1534, como la anterior, redujeron el interes de los censos al respecto de catorce mil el mi-

llar, que viene a salir á poco menos del siete por ciento, y sucesivamente se ha ido disminuyendo y bajando el interes ó rédito de los censos al tres por ciento, como queda manifestado.

67 La razon por qué es menor el rédito del censo que el del interes del dinero, se funda en la mayor seguridad que presenta para su cobro la finca, y respecto del capital el menor peligro que corre este que cuando está espuesto á la contingencia de las negociaciones, como lo indica el señor conde de Floridablanca en el número 446 del lugar citado arriba.

68 Si el que necesita el dinero se vale del segundo medio de pasar á enagenar alguna de sus fincas, se hace su suerte mas gravosa, pues aunque no queda gravado con la obligacion de la pension, pierde por entero los productos de la finca, que siempre habian de ser de mayor valor que el del rédito del censo, y acaso no volverá otra vez á recuperarla y á sostituir otra en su lugar.

69 Si, pues, el tomar dinero á préstamo ó enagenar sus fincas es mas gravoso al que necesita de numerario, que el imponer un censo sobre sus heredades, se hace necesario reconocer que la imposicion de los censos es el medio mas conveniente y menos gravoso al que necesita dinero para subvenir á sus necesidades que los otros dos medios indicados.

70 Siendo, pues, los censos el medio mas fácil y menos gravoso para encontrar el dinero que se necesita, no pueden reputarse como perjudiciales en lo político al que los vende ó se los impone, y de consiguiente toda su odiosidad deberá recaer sobre el censualista ó el que los compra por medio de su dinero, lo que voy á persuadir es un manifiesto error.

71 Supuesto que los censos son útiles y beneficiosos al que se los impone y ha de satisfacer la pension, ¿podrán reputarse perjudiciales al estado y á la sociedad por el que los compra? En manera alguna, porque implica que lo que es útil y beneficioso á los censuarios como miembros de la sociedad sea perjudicial y dañoso á la misma de parte de los censualistas, asi como seria una manifiesta implicancia que siendo útiles y provechosas al comercio las ventas de géneros le fuesen perjudiciales las compras de los mismos, siendo necesariamente correlativas.

72 El dinero que se destina á la compra de censo ó estaba ya antes en circulacion ó separado de ella y ocioso: si se dice lo primero, ningun perjuicio puede resultar á la industria, agricultura y comercio de la nueva inversion dada aquel capital, pues como afirma Say en el lib. 1.º, cap. 14, fol. 167 de la primera edicion ya citada de su tratado de economía política, "en cualquier mano que se acumulen los capitales, es una misma la utilidad que de ellos resulta, y á la nacion, con tal que se hallen en poder de quien los sepa emplear y hacer productivos."

73 Si el capital empleado en la compra del censo se hallaba ocioso y fuera de circulacion, tan lejos estaba su dueño ó propietario de causar perjuicio á cualquiera de los ramos de industria indicados, que antes bien debia con razon reputarse por fomentador de los mismos, porque un capital que antes era estéril, lo ponia en movimiento y circulacion, para hacerlo productivo por manos del censuario, que deberia considerarse como el empresario, pues segun los economistas en todo ramo de fabricacion interviene realmente sabio ó capitalista, empresario y obrero: el primero pone el capital, el segundo la aplicacion y el tercero la ejecucion, como puede verse en el tomo 1.º, fol. 97 de los principios de economía política del conde Destutt de Tracy, citado arriba.

74 Acaso se dirá que el propietario ó dueño del dinero con que se compró el censo no ejerce industria alguna que le rinda ganancias, sino que se constituye en la clase de un consumidor ocioso, que se propone vivir de la pension ó renta con que le contribuye el censuario en virtud del dinero que recibió de él, ó mas bien de su valor, pues el dinero inmediatamente desaparece y se transforma en otras tantas especies cuantos son los cambios ó permutas que se hacen con él.

75 Para resolver esta réplica, que á primera vista se presenta con apariencias de sólida y fundada, será conveniente valerme de un ejemplo que por comun y cotidiano está al alcance de todos, y nadie podrá dudar de la semejanza y paridad que guarda con el que tratamos.

76 Cuando un hombre acaudalado emplea en tierras sus capitales, no para cultivarlas por sí, sino con el fin de darlas á otros en arrendamiento, y percibir sus ré-

ditos sin cuidar de si el empleo ó uso que hace de ellas el arrendatario le es perjudicial ó ventajoso, ¿podrá decirse que este propietario ó capitalista no ejerce industria alguna que le rinda ganancia, sino que se constituye en la clase de un consumidor ocioso que se propone vivir del arrendamiento con que le contribuye el colono ó empresario en virtud de las tierras que le arrendó?

77 Tan lejos está de que se considere á este propietario de posesiones territoriales por ocioso y perjudicial á la industria y comercio, y en particular á la agricultura, que antes bien se admira el conde Destutt de Tracy en el cap. 4.º del tom. 1.º, fol. 122 de la edicion ya citada, que se haya confundido é identificado su interes con el de la agricultura, que le es tan ageno como lo es el de los prestamistas de dinero, con respecto al de las empresas que hacen los que le toman, y del amor y respeto supersticioso con que casi todos los hombres, y particularmente los agrónomos, miran á los grandes propietarios territoriales llamándolos columnas del estado, almas de la sociedad y padres sustentadores de la agricultura, al paso que dan los nombres mas ignominiosos y viles á los prestamistas del dinero que hacen cabalmente lo mismo que ellos: hasta aqui dicho autor.

78 Si segun este sabio economista los propietarios territoriales que dan sus tierras para que otros las cultiven no son en realidad otra cosa que unos verdaderos prestamistas de las mismas, y á pesar de esto se les elogia y alaba como protectores y fomentadores de la agricultura, que les es tan agena como lo es á los prestamistas de dinero las empresas del que lo toma, ¿qué razon puede haber para que se desprecie, vitupere y se tengan por perjudiciales á los censualistas ó compradores de censos, que ciertamente estan comprendidos en el concepto general de prestamistas de dinero, aunque en una clase mas beneficiosa y moderada, como que en ella se prescribe y señala el tanto que no debe esceder la pension, cuando en los meros prestamistas el interes del dinero no tiene otra limitacion que el prudente arbitrio y convenio de los interesados?

79 Declámese, pues, cuanto se quiera contra los compradores de censos y prestamistas de dinero, déseles los odiosos títulos que sugiera la pasion ó la ignorancia, pero no se perdone á los grandes propietarios territoriales que dan sus tierras para que otros las cultiven, por estar en el mismo ó en igual caso que los anteriores.

80 ¡Qué lánguidas y mezquinas serian las especulaciones del comercio, si en ellas se invirtiera solo el capital de los comerciantes! ¿en qué se ocuparian tantos empresarios que incesantemente se dedican á todo género de producciones con caudales agenos? ¿y qué aspecto presentaria la agricultura si privativamente los propietarios se empleasen en el cultivo de sus tierras, con esclusion de tantos colonos y jornaleros que continuamente trabajan en beneficiar terrenos agenos con igual ó mayor esmero que lo harian sus dueños, sin haber podido acumular capitales para hacerse propietarios territoriales? ¿y á qué vendrian á reducirse las grandes poblaciones que ahora vemos si en ellas los propietarios de casas las habitasen por sí sin arrendarlas á los que carecian de ellas? Sin duda que la mayor parte de los individuos de estas poblaciones tendrian que quedarse á la inclemencia, espuestos al rigor de las estaciones, porque si la mayor parte de los artesanos, menestrales y jornaleros, apenas les sufraga para su sustento y el de su familia las cortas producciones de su industria, ¿como podrian hacer ahorros para comprar tierras ó edificarse habitaciones? Cesen, pues, las declamaciones contra los censualistas, y conozcamos la gran semejanza que hay entre estos, los prestamistas de dinero, de tierras y de casas, sino queremos alucinarnos, con la diferencia de los nombres, y hacernos el juguete de las palabras, porque como dice el juicioso Mr. Destutt al fol. 124 de su citada obra de sus principios de economía, "no es posible raciocinar bien sin fijar antes de todo el significado invariable de las palabras, y cuando no se raciocina bien es imposible que las ciencias hagan progresos."

Ley LXIX de Toro; es la 8.ª, título 10, lib. 5.º de la Recopilacion.

Ninguno pueda hacer donacion de todos sus bienes, aunque la faga solamente de los presentes.

COMENTARIO

á la Ley 69 de Toro.

1 Prohibe la presente ley que ninguno pueda hacer donacion de todos sus bienes, aunque sea solo de los presentes.

2 Es comun doctrina entre los juristas que la donacion de todos los bienes presentes y futuros es nula por derecho civil, como lo sienta Covarrubias en la rúbrica segunda *de testamentis*, número 8.° y siguientes, pero sin embargo, reconoce en el número 13 que algunos autores que cita se separan de esta opinion, á los que se pueden añadir el Antonio Perez en el título *de donationibus*, en el código y el Kees en el Comentario á las instituciones, título 7.°, lib. 2.°, número 21 y siguientes, donde con sólidas razones funda su opinion y satisface los argumentos de la contraria, á cuya opinion del Kees me inclino, aunque prescindo detenerme en esponer sus fundamentos, por no ser conducente á la esposicion é inteligencia de la ley real, acerca de la cual se ofrecen dos dudas que examinar, á saber, si la donacion de todos los bienes presentes, en la que se reserva el donante el usufructo, será válida, y no se comprenderá en la decision de la ley, y la otra si podrá confirmarse por el juramento la donacion de todos los bienes presentes contra dicha ley.

3 En cuanto á la primera duda dice Covarrubias en el lib. 3.°, *variarum resolutionum*, cap. 12, número 4.°, que aunque comunmente se declare válida en los supremos reales tribunales la donacion de todos los bienes presentes, reservándose el donador el usufructo, con todo le parece mas fundada la sentencia negativa, atendida la ley real, por las razones siguientes:

4 La donacion de todos los bienes se entiende se hace de todos los bienes presentes, sin que la reserva del usufructo pueda mudar la condicion de la donacion, porque los frutos que se han de percibir pertenecen á los bienes futuros, y el usufructo no se puede reputar entre los bienes presentes á causa de que el usufructo que pertenece al donador en el tiempo que hace la donacion es el causal, y el que se reserva es el formal, que no tiene lugar hasta que el dominio de la cosa donada se transfiera en el donatario, lo que se verifica despues de la donacion hecha, de donde se infiere que el usufructo formal, que es el que se reserva, no estaba ni pertenecia al donador al tiempo que hizo la donacion, y de consiguiente no se pudo reputar entre sus bienes presentes. Á continuacion reconoce Covarrubias lo débil de esta razon, porque si la donacion se hace con un solo acto se constituye el usufructo formal entre los bienes del donador, y al mismo tiempo se retiene. A mas añade que por la reserva del usufructo no se hace nueva adquisicion de él, sino únicamente se muda su cualidad pasando de causal á formal. El causal estaba en el donante al tiempo de la donacion, luego el formal debia estar tambien por lo menos en cuanto á la sustancia antes de la donacion ó al tiempo de ella; por lo que no parece adecuada esta razon. Hasta aqui Covarrubias.

5 Molina *de primogenitis*, lib. 2.°, capítulo 10, número 13, impugna este fundamento de Covarrubias, y tambien Molina, *de justitia et jure*, tomo 2.°, disputa 280, número 16, donde satisfaciendo á Covarrubias, dice que un mismo usufructo es el que estando junto con el dominio directo se llama causal, y separado de él se dice formal, y solo se diferencia de sí mismo accidentalmente en cuanto está separado ó junto con el dominio directo, por lo que cuando se traslada en el donatario por la donacion el dominio directo, el usufructo que antes de la traslacion era causal, se diga despues traslacion formal, no impide que el donante se reserve el mismo número usufructo que tenia antes de hacer la donacion, y de consiguiente se verifica que se lo reservó de los bienes presentes que tenia al tiempo de la donacion, como parte de los mismosbienes. A mas, dice, que por sola la donacion sino interviene la tradicion no se transfiere el dominio en el donatario, sino que permanece en el donante, por lo que como la donacion y reserva del usufructo se hacen á un tiempo, y uno y otro precedan la tradicion de los bienes, se sigue por consecuencia que al tiempo de la reserva del usufructo sea aun causal, y despues de la tradicion empieza á participar de la naturaleza de usufructo formal. De esto se infiere que es absolutamente falso que el donante no se reserva el usufructo, que es causal al tiempo de la reserva, y aun algun tiempo despues de la reserva, aunque verificada la tradicion pase á ser

formal. A esto se aumenta que la donacion, como lo reconoce Covarrubias, se hace juntamente con la reserva, en cuyo tiempo el usufructo que se reserva es de los bienes presentes del donante. Hasta aqui Molina.

6 El segundo fundamento de Covarrubias estriba en que los doctores que se apartan de la opinion de Pablo Castrense, que sostenia que la donacion de todos los bienes presentes y futuros era nula aunque el donante se reservase el usufructo, confiesen que la donacion que se hace de todos los bienes reteniendo el usufructo, es verdaderamente una donacion de todos los bienes presentes, y se persuaden que el derecho del usufructo no impide que dicha donacion sea de todos los bienes presentes, porque no puede el donante testar de él, y con todo afirman que es válida esta donacion, á causa de que puede testar de los frutos futuros que reservó en virtud del usufructo, de que claramente se infiere que la espresada donacion es nula por derecho real, siendo como es donacion de todos los bienes presentes. Responde el mismo Molina, y niega que los doctores hayan confesado lo que pretende Covarrubias, y si lo han confesado se engañaron manifiestamente, siendo conocidamente cierto que aquel usufructo era parte de los bienes que tenia el donante al tiempo de la donacion, sin que se deba decir que la causa de que el donante no pueda testar de dicho usufructo es porque no es parte de aquellos bienes, sino porque el espresado usufructo espira con el donante. Si el donante vendiera el usufructo podria testar del precio ó al tiempo que se lo reserva ó despues.

7 Como para sostener que por derecho comun era válida la donacion de todos los bienes, tanto presentes como futuros, reservándose el usufructo, era suficiente que el donante pudiese testar de los frutos que le habian de pertenecer por razon del usufructo que se habia reservado, aunque no pudiese testar del mismo usufructo, por tanto reputaron válida la donacion por la razon espresada, y no porque creyeran que el derecho de usufructo que se habia reservado el donante no fuese parte de los bienes que tenia al tiempo de la donacion.

8 El tercer fundamento que propone Covarrubias se reduce á que la causa por la cual la ley real prohibe la donacion de todos los bienes presentes, es porque quiere que para que la donacion sea válida se reserve el donante alguna parte de los bienes presentes de la que pueda testar el donante al tiempo de la donacion, de donde se infiere que aunque se diga que el derecho del usufructo formal se reputa por bienes presentes del donante, no basta el que se reserve dicho usufructo, porque se acaba con la muerte, y de consiguiente no puede disponer de él por testamento el donante. Ni los frutos que se han de percibir no pueden hacer que la donacion sea válida, aunque se reserven, no siendo bastante dicha reserva por el derecho real.

9 Respondiendo Molina á este argumento, dice que acaso no movió á los legisladores la razon espresada para establecer que no fuese válida la donacion de todos los bienes presentes, sino el que los vasallos no quedasen privados de todos sus bienes. Se debe, pues, decir que el donante que se reserva el usufructo, cuando se lo reserva y hace la donacion puede vender el derecho que se reserva y testar del precio. Ni el derecho presume que el donante se ha de morir inmediatamente antes de percibir los frutos de que podrá testar, antes bien presume lo contrario. A esto se aumenta que el derecho en semejantes disposiciones, no tanto pretende que el donante pueda testar en cualquier evento, como si no pudiera sobrevenir un evento mas fuerte que le impidiera testar, cuanto el que el donante absolutamente no se prive de la facultad de testar.

10 El cuarto y último fundamento de Covarrubias estriba en que por derecho real de la presente ley se necesitan dos cosas para que sea válida la donacion de todos los bienes presentes, segun esta ley; y la otra es que la parte que se reserve sea de aquellas de que pueda testar el donante para que no quede privado de testar, porque de otro modo seria inútil y vana la reserva, y por último dice que lo que mas debia mover á los jueces á seguir su opinion y la de Pablo de Castro en la práctica, á lo menos por derecho real, es que en las donaciones de todos los bienes la reserva del usufructo se hace en manifiesto fraude de la ley.

11 En satisfaccion á este argumento basta tener presente la respuesta que da Molina en el antecedente, de la que consta que la reserva del usufructo es una parte

de los bienes presentes del donante, y que puede, vendiéndolo, disponer por testamento del precio. En cuanto á lo demas se debe decir que la reserva del usufructo no se entiende hacerse en fraude de la ley, no hallándose prohibida por ella, á no ser que la reserva del usufructo sea con pacto espreso de disponer de él en vida, y no en muerte, porque por este medio se privaba de poder hacer testamento, como lo advierte Molina, *de primog.* en el lugar citado, número 24, y en el número siguiente limita tambien su conclusion en el caso que el usufructo que se reserva sea tan corto que no baste para alimentos, ni sobre alguna cosa de que pueda testar el donante, como tampoco deberá ser bastante para que valga la donacion la reserva de una cosa de corto valor. Por lo espuesto tengo por mas fundada la opinion de Molina.

12 Ha de tenerse presente que la ley real padece algunas limitaciones, á saber, la donacion de todos los bienes que se hace por causa onerosa, como de matrimonio, transaccion ú otra semejante, segun Molina el jurista, número 17, y el teólogo, número 19 de los lugares citados, debiéndose decir lo mismo de la donacion hecha á la Iglesia, como lo afirma Acevedo, número 6.º, donde cita á otros, y lo mismo defiende Molina *de justitia et jure*, disputacion 280, número 20, de la donacion hecha á causas pias, refiriéndose á lo que deja dicho en en número 3.º de la disputacion antecedente, y se reduce á que las leyes civiles que disponen acerca de cosas pertenecientes al fin sobrenatural de las almas, no tienen fuerza sino se hallan aprobadas por el sumo Pontífice; pero sin embargo de la conocida autoridad que se merecen estos autores, me parece mas fundado decir que la donacion de todos los bienes presentes, hecha á la Iglesia ó á cualquiera otra obra pia, será nula por nuestro derecho real, pues recayendo la ley sobre un contrato civil, no se puede negar al Soberano la potestad de hacerlo nulo é írrito, faltando las condiciones que le prescriba, de forma que ni en el fuero interno resulte obligacion, siendo digno de notarse que aunque Gomez en el número 6.º de esta ley sigue la opinion de Acevedo, y Molina en el tomo 2.º, cap. 4.º, número 10, tratando si la donacion *ad pias causas* que esceda de quinientos sueldos será válida sin insinuacion, afirma que no, fundado en las leyes civiles, y en la real 9.ª, tít. 4.º, partida 5.ª, en las que se esceptúan las donaciones hechas para redimir cautivos, reedificar Iglesia ó casa derribada, ó alguna Iglesia, lugar religioso ú hospital, pues no tiene menos fuerza la presente ley real para prohibir la donacion que esceda de quinientos sueldos sin insinuacion, mayormente dando Gomez por fundamento de su opinion que es necesaria la insinuacion en la donacion *ad pias causas*, el que la ley no espresa lo contrario.

13 La segunda duda de que me reservé tratar es de si la donacion de todos los bienes presentes será válida hecha con juramento.

14 Son muchos los autores que se podrán ver citados en Covarrubias en la segunda parte de la rúbrica *de testamentis*, número 9.º y siguientes, que la donacion de todos los bienes presentes y futuros no es válida, aunque intervenga juramento, y en Molina *de justitia et jure*, tomo 1.º, disputacion 151, número 5.º, y en el tomo 2.º, disputacion 280, número 3.º, fundados en que se quitaria la facultad de testar el que donare todos sus bienes presentes y futuros, y confirmase la donacion con juramento, lo que es contra las buenas costumbres, y de consiguiente ilícito, por lo que no puede ser válido el juramento.

15 Covarrubias y Molina en los lugares citados se apartan de esta opinion, y sostienen que el juramento hace válida y subsistente dicha donacion: la razon en que se fundan es que el privarse de la facultad de testar, ni es pecado mortal ni venial, y de consiguiente no se puede decir que el juramento que confirma la donacion se hace en materia contraria á las buenas costumbres, como lo convence con sólidos fundamentos el Molina en la citada disputacion 151, número 5.º, donde se propone examinar la cuestion de si la promesa de no revocar el testamento, confirmada con juramento, es válida, y en la disputacion citada 280, al número 4.º, propone contra los autores de la opinion contraria, que en sentir de estos es válida la donacion de todos los bienes presentes y futuros que se hace á la Iglesia, de que infiere que si es válida no contiene pecado, pues de otra manera se habia de decir que la ley civil que la invalida absolutamente la haria tambien inválida cuando dicha donacion se hace á la Iglesia, y reduciendo la eficacia y fuer-

za de este argumento á términos mas estrechos, se ha de preguntar si la donacion de todos los bienes presentes y futuros es ilícita y nula, porque está prohibida, y en tal caso no debe estrañarse se confirme por el juramento, como se confirman otros muchos actos nulos por las leyes civiles.

16 Menos dificultad se ofrece acerca de la donacion de todos los bienes presentes, pues no privándose por ella el donante de la facultad, cesa el principal y único fundamento de la sentencia contraria, por lo que algunos autores de los que niegan que la donacion de todos los bienes presentes y futuros se pueda confirmar por el juramento, afirman y conceden esta virtud al juramento respecto de la donacion de todos los bienes presentes, como le sucede al Gomez en la presente ley, número 4.º, donde despues de poner los argumentos por la sentencia negativa establece su opinion, y responde á ellos refiriendo varios contratos nulos por las leyes civiles y reales, de los que no resulta accion ni obligacion alguna, y con todo se confirman por el juramento, cuyo punto queda tratado en el Comentario á la ley 22 de Toro, por lo que no me ha parecido detenerme mas, contentándome con advertir que Molina en la disputacion citada 280, número 5.º, refiere los autores que siguen esta sentencia.

17 Como por derecho comun era válida y permitida la donacion de todos los bienes presentes, no es de estrañar que la ley 1.ª, tít. 4.º, partida 5.ª, se conforme con la disposicion del derecho comun; pero la ley 7.ª, tít. 12, lib. 3.º del fuero real prohibió la donacion de todos los bienes presentes, cuya decision confirma la presente ley de Toro.

18 No puedo omitir el temperamento con que Acevedo en el número 4.º admite la opinion que queda establecida, y se reduce á que para que la donacion de todos los bienes presentes se confirme por el juramento ha de sobrevivir mucho tiempo el donante, ó ha de adquirir bienes despues de la donacion, porque si se muere inmediatamente despues de la donacion, ó no adquiere bienes de que pueda testar, vendrá á estar en el caso de una donacion de todos los bienes presentes y futuros, y no se podrá confirmar por el juramento, por lo que aconseja que se tenga la cautela de reservarse algo de que poder testar, ó que esprese en la donacion que si muriere sin haber adquirido bienes de que disponer se cumpla su testamento, ó se hagan los sufragios necesarios por el alma del donante si muriese intestado.

19 Esta cautela de Acevedo se hace inútil atendido lo que queda sentado de que la donacion de todos los bienes presentes y futuros se confirma por el juramento, no siendo contraria á las buenas costumbres, como se ha probado, y de consiguiente tambien se confirmará la de todos los bienes presentes, aunque el donante se muera inmediatamente, ó no adquiera posteriormente bienes. A esto se aumenta que por derecho comun es válida la donacion de todos los bienes presentes, sin que los autores exijan las cautelas de Acevedo, con que por la misma razon se confirmará con el juramento la donacion de todos los bienes presentes, prohibida por la ley real, sin las cautelas de Acevedo, las que si fueran admisibles debian tener lugar en toda donacion para en el caso que el donante perdiese los bienes que se habia reservado y no tuviese de que disponer á la hora de la muerte.

Ley LXX de Toro; es la 9.ª, tít. 11, lib. 5.º de la Recopilacion.

La ley del fuero, que fabla cerca del sacar el pariente mas propinco la cosa vendida de patrimonio, por el tanto haya tambien logar cuando se vendiere en el almoneda pública, aunque sea por mandamiento de juez, y los nueve dias que dispone la ley del fuero se cuenten en este caso desde el dia del remate, con tanto que consigne el que la saca el precio é faga las otras diligencias que dispone la ley del fuero é la ley del ordenamiento de Nieva, é assi mismo haya de pagar al comprador las costas, y el alcabala si la pagó el comprador antes que la cosa ansi vendida le sea entregada.

COMENTARIO

á la ley 70 de Toro.

1 Dispone la presente ley que la del fuero real que concede al pariente mas cercano sacar la cosa vendida del patrimonio por el tanto tenga lugar en la que se vendiere en el almoneda pública, aunque sea con órden de la justicia, debiéndose contar en este caso los nueve dias que dispone

la ley del fuero desde el dia del remate, consignando el que la saca el precio, y practicando las demas diligencias que previene dicha ley del fuero y la del ordenamiento de Nieva, y pagando al comprador las costas y alcabala antes de entregarse de la cosa vendida, si el comprador las tenia pagadas.

2 Antes de tratar de la esposicion de la presente ley he creido conveniente decir algo del orígen del derecho ó facultad que se le concede al pariente mas inmediato del vendedor para sacar ó tomar la cosa del que la compró, entregándole antes el precio que dió por ella.

3 Tuvo principio este privilegio ó facultad en el derecho divino positivo ó ley escrita de los hebreos, segun se echa de ver en el Levítico, capítulo 25, versículo 25, por estas palabras: *Si attenuatus frater tuus vendiderit possesiunculam suam, et voluerit propinquus ejus, potest reddimere quod ille vendiderat.* Y se encuentran enunciativas de este mismo derecho en el capítulo 4.º de Ruth, y en el 32 del profeta Jeremías, y se llamaba derecho de redencion ó facultad de redimir.

4 En la jurisprudencia romana tambien llegó á reconocerse este mismo derecho, pero fue ya en la época de los Emperadores, y duró por corto tiempo. De uno y otro estremo presenta un testimonio irrefragable la ley 14, C. *de contrahenda emptione*, que es de los Emperadores Valentiniano II el jóven, y del gran Teodosio, del año de 391, en la que se afirma en términos espresos que de poco tiempo á aquella parte se habia concedido á los parientes y condóminos que pudiesen escluir á los estraños en la venta de bienes que hubiesen otorgado sus parientes ó condóminos, y considerando los referidos Emperadores que se hacia una gran injuria en coartar la libertad que tienen los hombres de disponer de sus cosas, abrogaron la espresada ley, restituyeron á los vendedores la libre facultad de poder vender á quien les pareciese: las palabras de la ley son las siguientes: *dudum proximis, consortibus quæ concessum erat, ut extraneos ab emptione removerent, neque homines suo arbitratu vendenda distraherent, sed quia gravis hic videtur injuria, quæ inanæ honestitatis colore velatur, ut homines de rebus suis facere aliquid cogantur inviti, superiore lege casata, unusquisque suo arbitratu quærere vel probare possit emptorem, nisi lex specialiter quasdam personas hoc facere prohibüerit.*

5 A la letra se encuentra esta ley en el código Teodosiano en la 6.ª *de contrahenda emptione*, de donde los traslada el Emperador Justiniano al suyo, añadiendo las últimas palabras que contienen la escepcion de la regla que en ella se establece, de que hablaré despues.

6 Aunque los comentadores de la ley del código de Justiniano no se han detenido á señalar y averiguar quién fue su autor, Jacobo Gotofredo en el Comentario á las leyes del código Teodosiano examina este punto, y es de parecer que se debe atribuir al Emperador Constantino Magno, que á imitacion de la ley hebrea ó de Moises quiso introducir en la república romana, que ya era cristiana, el mismo derecho que entre los hebreos tenian los parientes del vendedor para comprar por el tanto la cosa vendida á un estraño.

7 El mismo Gotofredo observa que desde los últimos años del Emperador Constantino, hasta la época de la ley, que como se ha dicho fue de 391, solo transcurrieron cincuenta y cuatro años, cuyo período no es tan dilatado que no pudiesen afirmar con verdad los Emperadores Valentiniano y Teodosio que de corto tiempo á aquella parte ó poco antes se habia concedido á los parientes y condóminos del vendedor la facultad de que habla la ley.

8 En apoyo de la conjetura de Gotofredo está la ley 2.ª, ff. *si apparente quis manumissus*, que es del Jurisconsulto Gayo, que floreció en tiempo del Emperador Adriano, y alcanzó á Marco Aurelio Antonino, segun Heineccio en su historia del derecho civil, lib. 1.º, cap. 4.º, §. 313, que es decir que vivió por lo menos desde el año de 117 hasta despues del de 161, en cuya ley afirma el citado Gayo que se reputaba por cosa inicua é injusta que á los hombres ingenuos ó libres no se les permitiere enagenar libremente sus bienes.

9 La misma máxima repiten los Emperadores Diocleciano y Maximiano, que imperaron desde el año 284 hasta el de 305, en la ley 3.ª, C. *communium rerum alienationem*, en que hablando del condómino ó socio afirman es absolutamente falso que la porcion de un predio comun antes de hacer la division no se pueda vender á un estraño, sino tan solamente al socio ó compañero.

10 Sin embargo de esta absoluta facul-

tad, que se dispensaba por las leyes á los vendedores para elegirse comprador de lo que querian vender, habia casos particulares en que se concedia la preferencia á ciertos compradores en quienes concurrian determinadas cualidades. En la ley 16, ff. *de reb. aut. jud.*, que es del mismo Jurisconsulto Gayo, se afirma que cuando se venden por disposicion del juez los bienes de un deudor, en concurrencia de un estraño es preferido el acreedor ó pariente del vendedor, y entre estos el acreedor, y en caso de ser dos los acreedores el que lo fuese de mayor suma.

11 Tambien podia el vendedor de una cosa pactar y convenirse con el comprador, que en caso de venderla fuera preferido á cualquier otro el primer vendedor, cuyo pacto lo declara valido y obligatorio la ley 75, ff. *de contrahenda emptione*, y otras de las pandectas; pero como la preferencia que en este caso competia al primer vendedor no la tenia por la ley, sino en virtud del pacto ó convencion, no se la llamaba legal sino convencional.

12 Dije que las últimas palabras de la ley que contenian la escepcion de algunas personas á quienes se concedia la preferencia en la compra, no se hallaban en la del código de Teodosio, habiéndolas en el suyo añadido Justiniano cuando trasladó ó copió la espresada ley, en lo que es de notar la equivocacion que padeció Amaya en el título *de prediis cur.* del C., número 25, pretendiendo contra Cujacio que las mencionadas palabras se hallaban en la ley de Teodosio, de cuyo error le hubiera sido facil salir habiendo consultado el código Teodosiano; por lo que con razon le acusa de negligente Gotofredo en el citado Comentario.

13 Conviene advertir de paso que la escepcion que pone la ley en sus últimas palabras no pertenece á los parientes ó consortes del vendedor, que son los que espresa y directamente se compendian en la disposicion que se derogó.

14 Entre las personas comprendidas en la escepcion de la ley, y á quienes se concede la preferencia en la venta de bienes que hacian los vecinos de algun barrio, eran sus convecinos moradores del mismo, como lo persuade la ley única, C. *non licere habitatoribus &c.*, en la cual los Emperadores Leon y Antemio en 468 dispusieron que les fuera permitido á los habitadores de las Metracomias, que eran las cabezas de partido de los barrios comprendidos en ellas, enagenar las tierras que se les habia asignado, sino á sus convecinos, de forma que si la venta se habia hecho á persona estraña se rescindia el contrato, y recibia el comprador el precio que habia dado por ella.

15 Tambien eran personas comprendidas en la escepcion de la ley los señores del directo dominio, cuando vendian sus enfiteutas las mejoras que habian hecho en la cosa dada en enfiteusis, ó el dominio útil, segun se halla dispuesto por el Emperador Justiniano en la ley 3.ª, C. *de jure emphiteutico*, en la que estableció que antes de ejecutar la venta el enfiteuta hubiese de obtener consentimiento del señor del directo dominio, señalándole el espacio de dos meses para prestarlo ó entregar al enfiteuta el precio que otro le daba por las mejoras ó enfiteusis, y caso de no ejecutar uno ni otro el señor del directo dominio en el término asignado, pudiese el enfiteuta pasar á celebrar la venta con un tercero, con tal que no fuese de las personas que se hallasen inhibidas de adquirir en enfiteusis.

16 A esta preferencia, que por las leyes citadas del código de Justiniano se daba á los convecinos y señores del directo dominio en las ventas que hacian de bienes raices los vecinos y enfiteutas con respecto á las personas estrañas, se llamaba en griego Prothimeseos. Los látinos antiguos del tiempo de la república ó de los Emperadores no llegaron á darle nombre propio á este derecho de preferencia en las ventas que hacian los particulares, ó porque no lo conocieron, ó por haber durado muy poco su uso, como se infiere de la citada ley 14.

17 Los latinos modernos le han dado comun y generalmente el nombre de retracto, tomando la etimología de esta voz, segun Albornoz en el libro 3.º, tít. 3.º del arte de los contratos, del verbo latino *retraho*, que quiere decir que lo que ya estaba traido se saca á fuera, porque despues de celebrado el contrato, el que retrae deshace lo que estaba ya hecho. Sea lo que se quiera de la propiedad de esta etimología, lo cierto es que á la preferencia ó derecho de comprar con esclusion de otras personas las cosas que venden los particulares, se llama por general y comun aceptacion de los jurisconsultos derecho de retracto.

18 Aunque Federico I, Emperador de Alemania, á mediados del siglo XII esta-

bleció el derecho de Prothimeseos en las ventas, enfiteusis y locaciones de los bienes feudales en favor de ciertas personas, como consta del libro 5.º, *de feudis*, tit. 13 y siguientes, donde determina y señala la graduacion ó preferencia que han de guardar entre sí los llamados; como estas disposiciones son de tiempo muy posterior al código de Justiniano no pertenecen á las escepciones que indicó este Emperador en la referida ley 14.

19 Como por ella solo se espresa que á los parientes y consortes se les habia concedido la facultad y prerogativa de escluir á los estraños de la venta de las cosas que se enagenaban por sus comparientes y consocios, se origina la duda, si dicha prerogativa únicamente se limitaba al tiempo de celebrarse el contrato de venta, ó se estendia tambien al tiempo posterior á su celebracion para poder sacar del comprador la cosa comprada por este, entregándole el precio que dió por ella; pero siendo la mencionada prerogativa odiosa y perjudicial á la libertad que compete á los propietarios para elegirse comprador de las cosas que quieran vender, es de presumir que solo se limitó y redujo al tiempo de celebrarse el contrato de venta y antes de perfeccionarse.

20 Para conocer la importancia se hace preciso advertir que cuando la facultad ó prerogativa de comprar se limita al tiempo de vender la cosa, y antes de celebrarse el contrato se llama derecho de tanteo, y cuando se estiende á poder precisar al comprador á que le venda la cosa que adquirió del primer vendedor, se llama derecho de retracto, de forma que en el tanteo solo interviene una venta y se compra del primer vendedor, y en el retracto intervienen dos y se hace la compra de un tercero, y no del que á este lo vendió.

21 De lo dicho se infiere que al que compete el derecho de retracto corresponde tambien el de tanteo, que es menos, pero no al contrario; y como por nuestras leyes patrias se concede espresa y literalmente el derecho de retracto á los hijos y nietos en la venta de las cosas de patrimonio y abolengo, de aqui es que entre nosotros se usa promiscua é indistintamente de la voz tanteo ó retracto para espresar cualquiera de los referidos estremos. Esto supuesto, resta examinar si en los casos ó personas que esceptuó Justiniano de la derogacion que contenia la mencionada ley 14, C. *de contrahenda emptione*, concedió á las personas privilegiadas el derecho de retracto, ó meramente el de tanteo.

22 En la ley única C. *non licere habitatoribus &c.*, se dispone que la venta hecha á un estraño de las tierras de las Metracomias y barrios comprendidos en ellas se deshace ó disuelve, y si algo hubiere dado el que la compró se le devuelva. Aunque por esta disposicion se manifiesta que el contrato de venta habia sido válido, como se infiere del hecho de rescindirse ó disolverse, como no se espresa si esta rescision se hacia en favor del convecino ó convicano que queria comprar la cosa vendida, ó meramente se dirigia á que el vendedor se reintegrase de la cosa, y el comprador del precio, que es lo que propiamente se llama rescision en los contratos, queda subsistente la duda, si la preferencia que por esta ley se daba á los convicanos era meramente derecho de tanteo.

23 Heineccio en el título de las pandectas *de rescindenda venditione*, §. 295 y siguiente, afirma, refiriéndose á esta ley, que el derecho que por ella se da á los convicanos es de retracto, y otro tanto dice del que compete al señor del directo dominio en virtud de la ley última, C. *de jure emphiteutico*, en la venta de las mejoras y enfiteusis; pero como espresamente se dispone en dicha ley que la venta que haga el enfitéuta sin noticia y consentimiento del señor del directo dominio sea nula y no produzca ningun efecto, mal podrá pretenderse que al señor del directo dominio competia el derecho de retraer del comprador el predio vendido por el enfitéuta, y por lo tanto debe sostenerse como un principio cierto é indubitable que el derecho que se concede al señor del directo dominio en la venta que hace el enfitéuta es meramente de tanteo y no de retracto.

24 Siendo, pues, dudoso como queda indicado, que en la ley única, C. *non licere habitatoribus*, se dé al convicano ó vecino el derecho de retracto en las ventas que se hacen de las posesiones sitas en la comprension de las Metracomias, es cierto decir que en las dos escepciones que puso el Emperador Justiniano á la resolucion de la tantas veces citada ley 14, C. *de contrahenda emptione*, ni en ninguna otra se halla establecido clara y espresamente el derecho de retracto en el sentido que se deja indica-

do, debiéndose advertir que esto se ha de entender del retracto legítimo y legal, que proviene de la ley, pero no del pacciona- do ó convencional, del que habla la ley 75, *ff. de contrahenda emptione*, y otras.

25 En la coleccion de las decretales tampoco se halla una decision terminante que establezca el derecho de retracto en favor de los parientes y de otra persona alguna, ni era de esperar, pues no perteneciendo esta materia ni al dogma moral ni disciplina de la Iglesia, estaba esenta de su jurisdiccion; pero en el cap. 8.º, *de integr. restitutione*, se refiere que habiendo acudido al Papa Gregorio IX dos hermanos en solicitud de que se les concediese la restitucion del derecho de retracto, que por costumbre introducida en la ciudad de Perusa les competia por término de año y dia; á fin de poder retraer ciertos bienes que enagenó su padre, resolvió el Pontífice que siendo cierta la costumbre que se alegaba se defiriese á la solicitud de los suplicantes, concediéndoles la restitucion del lapso del indicado término para retraer los bienes enagenados entregando al comprador el precio que dió por ellos.

26 Aunque no es absoluta, sino condicional para en caso de que fuera cierta la costumbre que se alegaba, la aprobacion que dió á la solicitud de los suplicantes el Papa Gregorio IX, sin embargo, se hace reparable que recayese en una materia meramente laical y profana, y por lo tanto sujeta al gobierno civil, y esenta de la jurisdiccion eclesiástica. Haciéndose cargo de esta dificultad Gonzalez Tellez en la nota 3.ª al referido capítulo, observa oportunamente que la ciudad de Perusa por aquel tiempo pertenecia al dominio de la Iglesia romana por donacion que le hicieron el emperador Ludovido Pio y Cárlos su hijo, y de consiguiente no debe estrañarse que el Pontífice como señor temporal y Príncipe soberano aprobase una costumbre, que en materia civil y laical se habia introducido en una ciudad comprendida en territorio de su soberanía.

27 Habiendo manifestado el orígen del derecho de retracto en la ley escrita de los hebreos, la observancia que ha tenido en las leyes civiles de los romanos y por el derecho canónico, corresponde tratar ahora del lugar que ha tenido en nuestras leyes reales, y desde qué tiempo. Como la presente ley de Toro se refiere á la del fuero real, será bien compendiar su disposicion.

28 Dicha ley es la 13, tít. 10, libro 3.º del fuero real que formó el rey don Alonso el Sabio, y se halla trasladada á la 6.ª, tít. 7.º, lib. 5.º del ordenamiento real, y á la 7.ª, tít. 11, lib. 5.º de la Recopilacion, en la que se ordena que el pariente mas cercano pueda sacar la cosa vendida del patrimonio ó abolengo por el tanto, con tal que lo haya de hacer dentro de los nueve dias siguientes al en que fue vendida, jurando que la quiere para sí, y que no lo hace por engaño: que si el pariente mas inmediato no la quisiese demandar, no lo pueda hacer otro ninguno, y concurriendo dos en igual grado que las saquen por mitad, y no estando en el lugar el pariente mas cercano la pueda demandar otro de su linage; pero caso de dar en cambio la cosa por otra heredad, no se le puede contradecir por sus parientes.

29 Aunque la ley de Toro se remite á la disposicion de la del fuero real que se ha referido, no fue esta la primera que introdujo en nuestra jurisprudencia el derecho de retracto á favor de los parientes del vendedor en la venta de los bienes de patrimonio ó abolengo, pues en las leyes 2.ª, 3.ª y 4.ª del tít. 1.º del lib. 4.º del fuero viejo de Castilla se hallan establecidas y reunidas todas las disposiciones principales que obran en la materia del retracto, que se refieren en la ley del fuero, á saber: que el pariente del vendedor tenga la preferencia respecto de cualquier estraño: que use de esta preferencia dentro del término de nueve dias desde el de la venta: que esta sea de patrimonio ó abolengo; y que jure que dichos bienes los quiere para sí, y no para otro hombre ninguno. De esta conformidad que se advierte en la ley del fuero real con las del fuero viejo de Castilla en los principios fundamentales del retracto por derecho de sangre, se infiere con toda claridad que el rey don Alonso el Sabio trasladó á su fuero real las disposiciones que ya regian en el fuero viejo de Castilla en esta materia.

30 Tambien se remite la presente ley de Toro á la disposicion de la del ordenamiento de Nieva que formó el Rey don Enrique IV el año de 1472, cuya ley se halla inserta en la 7.ª, tít. 7.º, lib. 5.º del ordenamiento real, y en la 8.ª, tít. 11, li-

libro 5.º de la Recopilacion, cuya ley contiene dos declaraciones: una que del transcurso de los nueve dias que señala la ley del fuero para retraer la cosa vendida no se conceda restitucion á los menores de veinte y cinco años, bien sean de edad pupilar ó adulta, ni á los ausentes. La otra se reduce á que en concurrencia del tio y el sobrino para sacar la heredad de abolengo sea preferido este hijo del vendedor, y caso de no quererla el sobrino, la pueda sacar el tio, hermano del vendedor, con tal que sea dentro de los mismos nueve dias.

31 Supuesto el establecimiento del derecho de tanteo ó retracto en virtud de las leyes del fuero viejo de Castilla y del real, ordena la presente que tenga lugar este derecho en las ventas que se celebren en pública almoheda. Esta puede ser ó voluntaria ó necesaria. La primera se hace sin intervencion de la justicia con el fin de vender á mayor precio ó mas pronto los bienes que se quieren enagenar, segun Pinelo *de rescindenda venditione*, parte 2.ª, cap. 2.º, número 26, citado por Matienzo en la ley 9.ª, título 11, lib. 5.º de la Recopilacion, glosa 1.ª La segunda siempre se ejecuta por mandato é intervencion del juez, como sucede en las ventas de bienes del fisco de menores de la Iglesia, de la república, y de deudores ejecutados para pagar á sus acreedores, por cuya intervencion judicial se autorizan las referidas ventas, segun el mismo Pinelo en el lugar citado.

32 En cualquiera de estas almonedas quiere la ley de Toro que se admita el derecho de retracto, como lo persuade la siguiente cláusula: "aunque sea por mandamiento de juez." Alfonso Montalvo en la glosa á la ley del fuero, versículo *item quæro, an habeat locum lex ista cum proximioris res venditur per curiam*, es de sentir que en la almoneda que se hace de órden de la justicia no debia regir la ley del fuero, fundado en que en dicho caso no vendia la cosa aquel de quien era, como pedia la ley, sino la justicia.

33 La opinion de este sabio jurisconsulto carece de apoyo legal, pues en la subasta de bienes que se hace con intervencion de la justicia, la venta se reputa hecha por el deudor y no por el juez, á diferencia de la que se ejecuta por el acreedor de la cosa dada en prendas, como sábiamente advierten esta diversidad Hermosilla en la ley 52, título 5.º, partida 5.ª, adicion á la glosa 7.ª, número 16, y el señor Olea, título 5.º, cuestion 13, número 2.º y 8.º *de cessione jurium*. Tambien confirma esta verdad Febrero en el tomo 2.º, cap. 7.º, §. final, número 162 de su Librería de Escribanos, donde proponiendo la norma ó fórmula de las ventajas judiciales, afirma que el juez otorga la escritura; pero lo hace por el deudor, dueño de la alhaja, y lo obliga á la eviccion á él, á sus hijos, herederos y sucesores; de que se convence que en las subastas ó ventas que se hacen por autoridad judicial, no es el juez el que vende en realidad, sino el deudor, dueño de la alhaja.

34 En comprobacion de la preferencia que compete al pariente en los bienes vendidos con autoridad del juez está la resolucion de la ley 16, ff. *de rebus autoritate judicis &c.*, que se ha citado arriba, en la que espresa y literalmente es preferido el pariente del vendedor á cualquier estraño en la venta hecha por el juez en almoneda pública. Es disculpable Montalvo en su opinion por haber escrito sus notas ó Comentarios á las leyes del fuero antes de la formacion de las de Toro.

35 Por esta ley del derecho civil únicamente se daba al pariente la preferencia para sacar la cosa por el tanto, pero no un verdadero derecho de retracto para sacarla del comprador, y la presente ley amplió en esta parte la disposicion de la civil, concediendo al pariente, aun en el caso de que la almoneda sea pública ó se haga por órden de la justicia, el derecho de retracto para que pueda repetir la finca de cualquier comprador estraño, como se convence de haber dispuesto la ley que los nueve dias hayan de empezar á correr desde el remate, mandando se pague al comprador las costas y alcabala, si las habia ya satisfecho.

36 Entre las leyes que vulgarmente se llaman del estilo se halla la 220, que clara y terminantemente favorece la opinion de Montalvo; pero debe tenerse presente que dichas leyes carecen de toda autoridad legal, pues en realidad no son otra cosa que una coleccion de estilos y observancias mezcladas con algunas leyes patrias y estrangeras, formada por algun literato práctico, como lo persuade don Manuel de Lardizabal en su discurso sobre las penas, cap. 5.º, §. 6.º, número 32 y siguientes, y lo mismo habia afirmado antes el P. Burriel en su carta á don Juan de Amaya, número 43. Por esta razon donde dice que las leyes del es-

tilo no son otra cosa que una coleccion de declaraciones de las leyes del fuero real, y de la práctica del tribunal de la corte, dispuesta por algun curioso en tiempo del Rey don Alonso el XI, y antes que este Rey hiciese el ordenamiento de Alcalá. Tambien puede servir de comprobacion de este dictámen el silencio que se guarda acerca de las leyes del estilo en la 1.ª del tít. 28 de dicho ordenamiento de Alcalá, en que con tanta especificacion se refieren los cuerpos legales nacionales, y la órden y preferencia que han de tener entre sí en la decision de las causas, y sin embargo de que hace espresa mencion del fuero real, nada se dice de las leyes del estilo, que son declaraciones de las del fuero real.

37 Pasa la ley á señalar desde cuándo deberán correr los nueve dias en la cosa que se ha vendido en pública almoneda, y dice que desde el dia del remate. Son terminantes sus palabras, y por tanto no cabe duda en su inteligencia; pero con motivo de la duda que suscitan los autores acerca de si los nueve dias que concede la ley del fuero para el retracto se han de contar precisamente desde el dia de la venta, ó desde el de la entrega en las demas cosas que se enagenan en venta privada, tocan por incidencia los autores la razon por qué en la venta pública quiere la ley que se cuente desde el dia del remate, por lo que no parecerá fuera de propósito tratar de esta cuestion en la presente ley, aunque peculiar de la ley del fuero, atendiendo á lo importante que es en la materia de retracto, y la luz que puede darnos en la presente ley.

38 Antonio Gomez en el número 16 se propone esta cuestion, y sin embargo de afirmar que la práctica que se observaba en su tiempo, y de que fue testigo, era de que los nueve dias se empezaban á contar desde el dia del contrato, cuya opinion vió comprobada en un exámen por la mayor parte de los doctores de Salamanca, resuelve que no deben correr los nueve dias sino desde el de la tradicion de la cosa, fundado lo primero en que el fin de la ley del fuero es que la cosa no salga de la familia, y antes de la tradicion no se dice enagenada la cosa, ni sale de la familia, segun la ley 67, ff. *de verborum significatione*, no transfiriéndose el dominio desde el tiempo del contrato, sino por la tradicion, segun la ley 20, C. *de pactis*.

39 El segundo fundamento principal de Gomez se reduce á que si el tiempo principiase á correr desde el dia del contrato, fácilmente impedirian los contrayentes que los consanguíneos tuvieran noticia del contrato, celebrándolo secreta y dolosamente, con lo que los escluirian del retracto, lo que no sucederia contándose desde el dia de la entrega.

40 Covarrubias, lib. 3.º, *variarum resolutionum*, cap. 11, número 2.º, Gutierrez, prácticas cuestiones, lib. 2.º, cuestion 152, donde cita á otros, y Molina *de justitia et jure*, disputacion 370, número 23 y siguientes, defienden que los nueve dias deben correr desde el de la venta ó contrato, fundando su opinion en la literal espresion de las leyes 7.ª, 8.ª y 15, tít. 11, lib. 5.º de la Recopilacion, que clara y espresamente disponen se cuenten dichos nueve dias desde que la venta fuere hecha, en lo que conviene la ley 27, tít. 1.º, libro 7.º del ordenamiento real, y si hubieran querido que se contara desde la entrega lo hubieran espresado. Confirma esta opinion la presente ley, que dispone se computen los nueve dias desde el remate sin hacer mencion de la tradicion ó entrega, y satisfaciendo al primer fundamento de la opinion de Gomez, dice el Molina al número 27 del lugar citado, que no pretendieron los legisladores de estas leyes de Castilla establecer que los nueve dias no empezasen á correr antes de que la enagenacion de la cosa vendida se consumase por la tradicion, como se convence de la presente ley, que dispone que los nueve dias se cuenten desde el remate, no obstante que la cosa que se vende en pública almoneda no se considera enagenada antes que se verifica la entrega.

41 Coincidiendo en esta misma opinion el Gomez, cuando en el número 17 afirma que no se deben empezar á contar los nueve dias desde la tradicion por acto ficto ó ficcion; siendo asi que en virtud de dicha tradicion por acto ficto se transfiere el dominio, por lo que concluye diciendo que aunque el fin de los legisladores haya sido conceder el retracto para que pudiesen los parientes retener la cosa en la familia, si quisiesen, no concedieron dicho retracto sino dentro de los nueve dias de la venta consumada sin esperar á la tradicion.

42 Al segundo fundamento responde Molina, que los nueve dias han de correr desde el de la venta pública, y notoriamente consumada, ó manifestada, de forma que

pueda llegar á noticia de los demas, pues celebrándose la venta con ignorancia de los demas no deberán correr desde el dia de la venta los nueve dias, y mucho menos en el caso que por fraude ó colusion de los contrayentes se haya impedido que llegase la noticia de ella á los parientes, como lo afirma Gutierrez al número 3.º del lugar citado siguiendo á Tiraquelo, y con esto, dice Molina, se satisface al argumento que se podria formar de las palabras de la presente ley, sin embargo de que estraña no lo hayan propuesto los autores de la contraria. Son las palabras de la ley las siguientes: "y los nueve dias que dispone la ley del fuero se cuenten en este caso desde el dia del remate," de las que parece debe inferirse, *à contrario sensu*, ó por el contrario, que en otros casos no se han de contar desde que se consumó la venta, sino desde la tradicion: á lo que responde, que como en el caso de la almoneda pública no se podia celebrar el contrato sin que pudiese llegar á noticia de los parientes, por lo tanto se pusieron aquellas palabras, "en este caso," para manifestar que en las demas ventas que no se celebrasen descubiertamente, ó se publicasen despues de su consumacion, no se empezasen á contar los nueve dias desde la celebracion y consumacion de la venta, sino desde la publicacion. Hasta aqui el señor Molina.

43 Sin embargo de la razon que insinúa el Molina para que la presente ley señalase por principio de los nueve dias el del remate, soy de sentir que por la misma razon que señaló en las ventas privadas el dia del contrato, señaló en la de almoneda pública el del remate, y que el haber espresado *en este caso*, que son las palabras de que usa la ley, fue con el fin de declarar que la venta que se hacia en almoneda pública, aunque fuese de órden de la justicia, se reputaba hecha por el vendedor, y de consiguiente debia tener lugar el retracto, contra lo que disponia la ley del estilo citada, á quien seguia Montalvo, pues rigiendo la razon que alega Molina, se seguiria que si en la almoneda pública, porque no puede ignorarse el dia de la venta, señala el mismo del remate, en el caso de las ventas privadas, pudiendo ignorarse el dia de su celebracion, no se deberia haber contentado la ley con señalar simplemente que los nueve dias debian correr desde el contrato, si no deberia haber añadido, con tal que sea manifiesto á los demas.

44 Admitida como mas conforme la opinion que se ha referido de Covarrubias, Gutierrez y Molina, se sigue tratar otra cuestion propia y peculiar de esta ley, reducida á si los nueve dias han de correr inmediatamente desde el remate, ó si se han de empezar á contar despues que hayan pasado los nueve dias que por práctica de este reino se conceden al deudor, cuyos bienes se venden en almoneda pública de órden de la justicia para pagar á los acreedores, para sacar dichos bienes ofreciendo el precio.

45 El doctor Castillo en la presente ley de Toro, y Matienzo en la misma, glosa 3.ª, opinan que los espresados nueve dias que señala esta ley se han de contar despues de pasados los nueve que por práctica se conceden al deudor, fundados en las siguientes razones: primera, porque hasta que pasen los nueve dias concedidos al deudor no se reputa vendida la cosa, por poder este retraerla en dicho término, y no estando la cosa vendida no se puede sacar por el consanguíneo: segunda, porque se le seguiria perjuicio al deudor que dentro de los nueve dias quisiera retraer su cosa, si concurriera el pariente mas cercano á litigar sobre el retracto, lo que se evitaria si al pariente no le empezaran á correr los nueve dias hasta que se hubieran pasado los del deudor.

46 Gutierrez en el lib. 2.º de las prácticas, cuestion 101, sigue la opinion contraria, movido en primer lugar de la espresa y terminante resolucion de la ley que señala el dia del remate, para que corran desde él los nueve dias que se conceden al consanguíneo para retraer la cosa. En segundo lugar los dichos nueve dias corren inmediatamente en la venta que se ha hecho con pacto *de retrovendendo* dentro de cierto tiempo, ofreciendo el precio, como lo reconoce el mismo Matienzo en la ley 7.ª, título 11, lib. 5.º de la Recopilacion, glosa 6.ª, número 22, sin que el dicho pacto sirva de impedimento para que saque la cosa el pariente interin y hasta tanto que la retraiga el vendedor; luego deberá decirse lo mismo en la presente cuestion, á saber; que los nueve dias empiecen á correr inmediatamente desde el remate, sin esperar á que se cumplan los nueve dias que por práctica se conceden al deudor.

47 Satisfaciendo á los fundamentos de

la contraria, dice Gutierrez que aunque el deudor pueda retraer la cosa, esto no quita que la venta sea y se diga perfecta, para efecto que corran los nueve dias al pariente, con lo que queda disuelto el primer fundamento.

48 En cuanto al segundo responde que asi como en el pacto *de retrovendendo* si concurre el socio, consanguíneo y el deudor, es preferido este á los otros dentro del término para retraer, segun confiesa Matienzo en el lugar citado, y tambien Gomez al número 18, por igual razon se ha de decir lo mismo en el caso de esta ley, y por consiguiente ningun perjuicio se le sigue al deudor de que el socio ó consanguíneo saquen la cosa dentro de los nueve dias, porque debe ser preferido, y aun podrá el vendedor redimir la cosa que ha sacado el pariente en virtud del pacto *de retrovendendo* del mismo pariente, segun los autores citados.

49 Es innegable que por práctica se concede al deudor cuyos bienes se han subastado en almoneda pública á instancia del acreedor tres dias, si los bienes son muebles, y nueve si son raices, para retraerlos por el tanto, como lo afirma Covarrubias, lib. 2.º, *var. res.*, cap. 11, número 3.º, á quien cita Diego Perez en la ley 4.ª, título 8.º, lib. 3.º, del ordenamiento real, vers. *dubitare præterea solet*, aumentando Gutierrez en el lugar citado que en tal caso se suspende por dicho término el pasar á dar la posesion de la cosa subastada al comprador, porque si el deudor retrae la cosa vendida, es ocioso pasar á dar la posesion; de cuya práctica resalta un argumento á favor de la opinion que queda establecida de que los nueve dias para el retracto se han de contar desde la venta, y no desde la tradicion, pues en el caso de pública subasta corren al deudor los nueve dias para retraer, antes que la cosa haya salido de su dominio, ni se le haya dado la posesion al comprador, segun la práctica, no siendo la posesion judicial otra cosa que la tradicion.

50 Admitiendo como mas conforme á derecho la opinion de Gutierrez que la de Castillo y Matienzo, por estar apoyada en la ley 8.ª para el caso de la concurrencia del tio y sobrino, y en la 73 de Toro para el de que el pariente de grado mas remoto quiera retraer en defecto del de mas próximo, en cuyos dos casos ordenan dichas leyes que sean unos mismos los nueve dias del término para que pueda retraer el menos privilegiado en defecto del que lo es mas, y continuando la esposicion de la ley, exige esta, para que tenga efecto el retracto, que el que haya de sacar la cosa consigne el precio poniendo pro forma esta condicion, como lo persuaden las siguientes palabras de que usa, *con tanto que consigne el que saca el precio*, y de consiguiente no basta ofrecerlo, ni aun depositarlo, sino que debe consignarlo ante el juez y escribano, segun Matienzo en esta ley, glosa 4.ª, número 1.º

51 Tambien pide la presente ley con la misma precision y necesidad que se hagan las otras diligencias que previene la ley del fuero y del ordenamiento de Nieva.

52 Estas diligencias en la ley del fuero son que *jure* quiere la cosa para sí, y que no lo hace por engaño, pues aunque en ella se espresan otros requisitos, se hallan derogados por las siguientes leyes de Toro, como se notará en ellas, y no es de creer que esta presente ley encargase la observancia de la ley del fuero en los puntos que la amplían las otras leyes de Toro, que se formaron y publicaron al mismo tiempo que esta.

53 Las de la ley del ordenamiento son que sea preferido el sobrino al tio en el retracto, y caso de que el sobrino no saque la cosa, lo pueda hacer el tio dentro de los mismos nueve dias, y que á los menores ni ausentes no les aproveche ni su menor edad ni su ausencia.

54 Bajo la misma condicion exige la ley que el que saca la cosa haya de pagar al comprador las costas y alcabala si la pagó este, suspendiendo entregar la cosa comprada hasta estar satisfecho de los gastos que se le han originado.

55 Matienzo en la ley 7.ª, tít. 11, libro 5.º de la Recopilacion, glosa 12, número 6.º, espone por menor la práctica que se observa en los tribunales para sacar la cosa vendida por el retracto *jure sanguinis*, donde se podrá ver.

56 Otra duda suscitan los autores, que por ser comun á esta ley con la del fuero no parecerá fuera del asunto tratarla en este lugar, y se reduce á si los nueve dias se han de contar de momento en momento, ó naturalmente de media noche en media noche, y en tal caso si se han de empezar á computar incluyendo el término *à quo*, ó escluyendo dicho término, como por ejem-

plo, la venta se celebró en lunes; si se han de contar los nueve dias empezando á contar en los nueve dias el lunes, y asi concluirán en la noche del martes de la semana siguiente, que divide el martes del miércoles, ó no comprendiendo en ellos el lunes deberán contarse desde el martes, y concluirse en la noche que divide el miércoles del jueves de la semana siguiente.

57 Gutierrez, lib. 2.º de las prácticas, cuestion 154, número 4.º, es de sentir que los nueve dias no comprenden el dia del término *à quo*, fundado en que si cuando se establece algun tiempo se usa de las dicciones *à*, *ab*, *ex*, con las que se fija cierto tiempo, entonces no se computa en el término el dia del término, porque son separativas y esclusivas, segun Tiraquelo, y hablando con propiedad los que usan de dichas dicciones las ponen en lugar de *post*, que es separativa, y asi la diccion *à* y *ab* por su naturaleza escluyen el dia de la accion del término, y de consiguiente no se computa en el término. Hasta aqui Gutierrez en el lugar citado, número 2.º Continúa en el 5.º citando las palabras de la presente ley, que dicen *desde el dia del remate*, é infiere que dicho dia se ha de escluir de los nueve, y previniendo el argumento que podria hacérsele con la ley del fuero, supone que la presente ley declara á la del fuero y á las demas en esta parte.

58 Antonio Gomez en el número 25, suponiendo como indubitable que se debia contar el dia de la entrega ó tradicion de la cosa, solo se detiene á examinar si los dias se han de contar naturalmente, de forma que en el ejemplo propuesto arriba los nueve dias se cumplan en la media noche que divide el martes del miércoles de la semana siguiente, ó si se han de contar dichos dias de momento en momento, de tal modo que si la entrega se hizo el lunes á las ocho de la mañana, se cumpla el término el martes de la semana siguiente á las ocho del dia, cuya última opinion abraza Gomez.

59 Molina *de justitia et jure*, disputacion 370, número 31, sigue la opinion de Gomez fundándose en que todo tiempo ó término, ó dilacion legal, cuando otra cosa no se colije del derecho, se computa de momento en momento, de manera que bajo del nombre de cualquier dia prescripto ó concedido se entiendan y comprendan veinte y cuatro horas íntegras desde el dia del término *à quo* inclusive, segun el principio de la suputacion prescripta en aquel dia, como si se dijera desde el dia de la compra, de la eleccion, de la sentencia proferida, como lo persuaden la ley 3.ª, §. *minorem*, ff. *de minoribus*, ley *pater* 30, ff. *ad legem Juliam de adult.*, ley 2.ª, §. *dies*, ff. *quando apell. sit*, y la ley *eos qui* 6.º, §. *sin autem*, C. *de apellat.*, y asi lo afirman los doctores, y lo lleva consigo la propiedad de la oracion y la costumbre recibida de computar. Ni se escluye el *à quo* cuando es divisible, como dia, mes y año, y otra cosa en parte de la que se halla aquello á que se atiende y tiene consideracion al tiempo de computar, como la natividad, apelacion, eleccion, venta &c. De aqui es que decimos á la calentura terciana ó cuartana porque vuelve de tres en tres, ó de cuatro en cuatro dias. En la presente materia, dice, hay un argumento muy fuerte del que no pueden desembarazarse los autores de la contraria. Conceden que si la ley dice dentro de nueve dias de consumada la venta, los dias se deben contar desde el punto de haberse consumado la venta, porque el término *à quo*, que se ha de escluir en la suputacion ó cómputo, no es el dia de la compra, sino la compra misma, desde cuyo punto de consumacion empiezan á correr los nueve dias, es asi que la ley del fuero, que es la primera que habla del retracto, dice asi: "si despues que fuere vendida la cosa, hasta nueve dias viniere y diere el precio por que es vendida, háyala." Nótese que dice hasta nueve dias despues de consumada la venta, y no despues del dia de la venta, ni desde el dia de la venta. Y la ley del ordenamiento encarga que á la letra se guarde la ley del fuero por estas palabras: "y que haya lugar contra ellos esta prescripcion de los dichos nueve dias, y que á la letra se guarde la dicha ley." Hasta aqui Molina.

60 Pretende Gutierrez que la presente ley declaró la del fuero y ordenamiento, y responde Molina que dicha ley no tiene ninguna apariencia de declarar ni restringir las espresadas leyes, ni hubo otro derecho en la materia antes de la ley de Toro ni despues, porque dicha ley restringe su disposicion á aquel solo caso de que habla cuando dice: "y los nueve dias que dispone la ley del fuero se cuenten en este caso desde el dia del remate," que es lo mismo que decir, del dia del remate ó desde el remate.

Este es el dictámen de Molina en la espresada duda, el que he referido por menor por parecerme el mas fundado y conforme á nuestras leyes reales. Palacios Ruvios es de esta misma opinion al número 34, Diego Perez en la ley 1.ª, tít. 16, lib. 3.º del ordenamiento, vers. *cinco dias*, y Gregorio Lopez en la ley 22, tít. 23, partida 3.ª, glosa 5.ª son del mismo dictámen.

61 Como esta ley y las demas de Toro que hablan del retracto suponen y se refieren á la del fuero, no debe parecer importuno y fuera de propósito examinar aqui, y resolver algunas de las principales dudas que ocurren en la materia de retracto, y directamente pertenecen á la del fuero, de que son las de Toro declaratorias en los puntos que en ellas se contiene; pero antes conviene fijar los principios que rigen en el retracto de sangre, á fin de resolver con mas claridad y solidez las dudas de que me he de hacer cargo, y evitar la confusion y variedad con que opinan los autores por no haber tenido presentes las reglas que establecen las leyes reales en la materia.

62 Son requisitos indispensables para el retracto de sangre que la finca sea raiz, y que el que la haya adquirido primeramente la deje por herencia á sus hijos ó descendientes, y que el que la adquirió por dicho título la enagene por el de venta á un estraño de la familia: que el que ha de usar del retracto ha de ser descendiente de aquel que primero adquirió la finca, la que conserva siempre la cualidad de patrimonial ó de abolengo, por mas sucesiones que corran entre los descendientes del primer poseedor, si se ha transferido de uno en otro por título de herencia, y esto se verifica aun despues que los descendientes esten fuera del cuarto grado de parentesco del primer poseedor, á causa de que en las sucesiones posteriores ha contraido igual cualidad de patrimonial y de abolengo respecto de los descendientes ulteriores.

63 Pretende Albornoz al folio 119, columna 2.ª del título de retracto, que no hay diferencia alguna entre ser una heredad de abolengo ó de patrimonio, y con una confianza destituida de fundamento desafia en cierto modo á los espositores á que se la señalen diciendo: "Quisiera yo mucho que los doctores me declararan cuál heredad se llama de abolengo, y cuál de patrimonio." Para satisfacer la arrogancia que envuelve esta pregunta, deberia bastar que tanto la ley 7.ª, que es la del fuero, como la 15, que es una declaracion de ella, y la 10 y 11 del citado tít. 11, hablan con distincion de la heredad de patrimonio y de abolengo usando de la partícula disyuntiva *ó*, y deberia Albornoz haber trabajado en descubrir esta diferencia, á no querer hacerse superior á las leyes. Sepa, pues, Albornoz, y los que opinan como él, que la heredad se dice de abolengo ó patrimonio con respecto á la persona que usa del retracto; si esta es nieto del que primero adquirió la heredad se dirá que es de abolengo, y si hijo que es de patrimonio ó patrimonial, cuya distincion es tan sólida y fundada que escluye toda cavilacion en contrario, como se convence del caso que propone la ley 8.ª de este título: "De que un hombre hubo una heredad que fue de su padre primeramente, y este tiene un hermano é un hijo, y vende esta heredad que heredó á un estraño; viene agora este hermano y este hijo del vendedor, y pide cada uno esta heredad.... Porque dice cada uno que fue de su padre." En cuyo caso es á todas luces claro que el hermano del vendedor pide la heredad como patrimonio de su padre ó patrimonial, y el hijo del mismo vendedor como de abolengo, por haberla adquirido su abuelo, de forma que una misma heredad es de abolengo y patrimonio, respecto de diversas personas, como lo acredita el caso referido.

64 Véase ahora cómo se esplica Albornoz acerca de este punto: dice que la ley del fuero llama heredad de patrimonio á toda hacienda que por via de patrimonio ó herencia dejare el testador originario de la familia por título lucrativo á cualquiera, aunque sea estraño, y contra esta concede el retracto al descendiente de la familia respecto del estraño á quien se mandó: heredad de abolengo á la que se deja al descendiente, y aunque supone que todos le contradecirán esto por la comun opinion, que no se da retracto sino al que es pariente, afirma que él dice lo mismo; pero niega que no se dé retracto (por pasiva) sino contra pariente, lo que prueba con las palabras de la ley que dice: "todo hombre," de manera que no dijo pariente, ni abajo donde dice, pariente, se refiere al hombre, sino alguno de aquel abolengo, y tambien hace referencia del abolengo á la cosa vendida, y no al hombre que la vende, lo que afirma se prueba demostrativamente por el cap. 11

de este título (habla de su tratado), que es la ley 16, tít. 10, libro 3.º del fuero real, en que se da retracto á los herederos del testador contra la parte de la herencia que cupo al estraño, á quien la dió por la planta, pues aquel título no es tan lucrativo como si graciosamente se la dejara por testamento. Hasta aqui Albornoz.

65 Toda esta esposicion es un conjunto de aserciones falsas é inconducentes al punto que se disputa, y de consecuencias absurdas y arbitrarias. Dice que heredad de patrimonio es la que deja el testador por título lucrativo á cualquier estraño, y alega en comprobacion la ley del fuero, que está tan lejos de decir lo que le atribuye Albornoz, que antes bien espresa todo lo contrario; pues no habla del caso en que alguno haya dejado por testamento heredad de patrimonio á un estraño, sino del que la ha recibido y trata de venderla, como se demuestra por sus palabras, que son las siguientes. "Todo hombre que heredad de patrimonio ó abolengo quisiere vender, y alguno de aquel abolengo la quisiere comprar, tanto por tanto hayala él antes que otro alguno." ¿Dónde esta aqui la hacienda que por via de patrimonio ó herencia deja el testador orijinario de la familia por título lucrativo á cualquier estraño? Es, pues, manifiestamente falso que la ley hable del caso, que afirma Albornoz, de que un testador originario de la familia deje por heredero á un estraño.

66 Confiesa, conformándose con la opinion comun, que no se da retracto sino al que es pariente; pero niega que no se dé tambien por pasiva sino contra pariente. Aunque es absolutamente falso que se dé retracto por pasiva ó contra pariente, como manifestaré despues, ¿á qué conduce al asunto de que se trata, que es de señalar la diferencia que media entre abolengo y patrimonio, el que se dé retracto por activa al pariente, y retracto por pasiva contra el pariente? ¿dejará por eso la heredad de ser de patrimonio ó abolengo? Alegar en comprobacion de esto mismo la ley del fuero, fundándose en que dice todo hombre y no todo pariente, es un nuevo desproposito, pues no dice todo hombre en general ó indefinidamente, sino todo hombre que heredad de patrimonio ó abolengo quisiere vender, con lo que demuestra que no habla de todo hombre en comun, sino del hombre que está ligado con parentesco con el que le dejó la heredad de patrimonio ó abolengo, pues sin que mediara la cualidad de pariente entre el que recibió la heredad y el que se la dejó, no podia decirse con verdad que era heredad de patrimonio ó abolengo.

67 Alega, en comprobacion de su intento, que en la ley se hace referencia del abolengo á la cosa vendida, y no al hombre que la vende, lo que dice se prueba demostrativamente con la ley que ha citado del fuero real. No es cierto que la palabra abolengo se refiera únicamente á la cosa vendida, y no al hombre que la vende, porque es un término relativo de personas que necesariamente se refiere del nieto al abuelo, y de este al nieto, como igualmente sucede en el de padre á hijo, y en el de este á padre, y el decir la ley que la cosa que se vende es de abolengo equivale á si dijera que antes habia sido del abuelo, y en la actualidad pretendia adquirirla el nieto.

68 Lo que intenta persuadir Albornoz es y se dirije á que no es absolutamente necesario que el que vende la cosa que heredó del primero que la adquirió sea pariente de este para que la puedan retraer los descendientes del mismo; pero contra esta asercion está espresa y terminantemente la ley 15 de este título, que declarando la del fuero ordena y prohibe que se admita retracto contra los bienes vendidos, "salvo cuando los tales bienes fueron vendidos por personas que los hubieren heredado de su abolengo ó de su patrimonio," por cuyas palabras manifiesta la ley con la mayor claridad que para que tenga lugar el retracto los bienes se hayan de haber heredado del abuelo ó padre del heredero, y de consiguiente necesariamente este ha de ser hijo ó nieto del testador, pues de otro modo no puede verificarse el requisito que exije la ley para que tenga lugar el retracto de que los bienes los haya heredado el que los vendió de su padre ó abuelo, con lo que se convence de un modo incontestable que para que la cosa sea de abolengo en el sentido que habla la ley no solo ha de haber sido del abuelo, sino que es necesario que lo haya heredado un descendiente del mismo.

69 Tambien se persuade la verdad y certeza de este principio con la doctrina del mismo Albornoz, que en el lugar citado afirma que heredad de abolengo es la que se deja á un descendiente; si pues ha

de ser descendiente del testador el que herede la cosa de abolengo, ¿cómo ha de ser componible que la palabra abolengo se refiera á la cosa vendida, y no al hombre que la vende? á no ser que tenga resolucion para decir que el descendiente no está comprendido en la clase de pariente de aquel de quien desciende.

70 No es mas feliz Albornoz en la aplicacion que hace de la ley 16 ya citada del fuero para probar su intento, que es de que se da retracto por pasiva, como él dice, contra el que vende la cosa aunque no sea pariente del que la heredó: sin embargo de que afirma que con dicha ley se prueba demostrativamente su intento, y se funda en que en ella se da retracto á los herederos del testador contra la parte de la herencia que cupo al estraño á quien la dió por la planta, pues aquel título no es tan lucrativo como si gratuitamente se la dejara por testamento.

71 Para conocer la arbitrariedad con que habla este autor de la ley que cita, basta referir su disposicion, que á la letra es: "quien viña ó casa ó otra labor ficiere en tierra agena por haber parte en la labor, é ante que sea partido lo quisiere vender ó despues, puédalo facer; mas si el señor de la tierra ó sus herederos, tanto por tanto lo quisieren comprar, sea tenido de lo vender á él, antes que á otro." En ella se da retracto á los herederos del testador es cierto, pero este retracto es el activo para retraer la cosa que se vende, y Albornoz habla del pasivo, que es el que se da (segun dice él mismo) contra el que vende. Tampoco es cierto que el retracto que se da á los herederos sea contra la parte de la herencia que cupo al estraño, pues la ley no hace la mas mínima mencion de que el testador dejase por herencia viña ó casa, ú otra labor en su fundo ó posesion, sino que únicamente habla del estraño que planta viña, fabrica casa ó hace otra labor en tierra agena, lo que es absolutamente distinto de adquirir por herencia dichas posesiones.

72 Por último, si la disputa se versa acerca del retracto de sangre, que no puede tener lugar cuando el que vende la heredad no es descendiente del que se la dejó, ¿no es un manifiesto absurdo y despropósito intentar desmentir esta verdad alegando lo que sucede en el retracto que se da al comunero, al señor del directo dominio, al superficiario ó enfiteuta, en que por lo comun no tienen entre sí el mas mínimo parentesco los comuneros, y señores del dominio útil y directo? pues como el mismo Albornoz advierte en la col. 4.ª del citado folio 119, el retracto del comunero, y de consiguiente el del señor del directo dominio y del superficiario, se funda en la cosa para conservarla en union, y no en la persona, como el del pariente que se funda en la sangre. El deseo de contradecir, de sutilizar y ostentarse ingeniosos, y singularizarse suele ser la causa de incurrir en estos estravíos.

73 No se engañó menos Albornoz en señalar lo que era heredad de abolengo y la de patrimonio. Dice que heredad de abolengo es la que se deja á un descendiente; contra esto inmediatamente se ofrece que el hijo es descendiente del padre, y lo que este deja á su hijo no es heredad de abolengo, sino de patrimonio ó patrimonial. Tampoco la heredad se llama de abolengo con respecto al que la deja, ni á quien se deja, sino con respecto al que usa del derecho de retracto, como noté arriba, donde propuse la diferencia que media entre la heredad de patrimonio ó abolengo, lo que se evidencia con este ejemplo: el abuelo dejó á su nieto una heredad, y habiéndola vendido este á un estraño pretende usar del retracto un tio del nieto heredero, é hijo del testador, en cuyo caso fundará su derecho en que la heredad era patrimonial y no de abolengo, pues respecto del retrayente no era abuelo, sino padre, el que dejó la heredad á su nieto.

74 Admira que hablando de la heredad patrimonial diga Albornoz que es la que se deja á un pariente ó un estraño, y tratando de la de abolengo afirma que es la que se deja á un descendiente, pues seguramente no se alcanza á concebir la razon de esta diferencia, que en la una haya de ser necesariamente descendiente el heredero, y en la otra baste que sea estraño.

75 No se limitan los errores que cometió Albornoz en su esposicion de la heredad patrimonial y de abolengo á los que se han refutado, sino que tambien dice que la ley de don Enrique II, que es la 8.ª del título, habla solo de la heredad patrimonial, siendo asi que igualmente hace mencion de la de abolengo, como se convencerá cualquiera que la lea.

76 Comete otro error en decir que el

retracto pasivo es el que se da contra el heredero que vende la cosa heredada, pues siendo necesario que haya precedido la venta para que se verifique el retracto, como lo reconoce Albornoz donde da la etimología de esta voz en el fol. 118., y dice, "que es lo que ya estaba traido sacarlo á fuera, y deshacer lo que ya estaba hecho," es claro que el retracto pasivo obra directamente no contra el vendedor de la cosa heredada, sino contra el comprador, lo que afirma la ley 8.ª de este título, en donde tratando del caso en que dos parientes concurren á retraer una heredad vendida, dice que quiere cada uno de ellos sacarla del poder del comprador, con que contra este y no contra el pariente que vendió se da el retracto. Lo mismo persuade la ley 9.ª, en donde especificando las obligaciones que ha de satisfacer el pariente que retrae, dice: "y asimismo haya de pagar al comprador (nótese bien) las costas y alcabala, si la pagó el comprador antes que la cosa asi vendida le sea entregada."

77 Sentados ya estos principios generales que obran en el retracto de sangre, corresponde proponer y resolver algunas de las principales dudas que se suscitan por los autores.

78 Primera duda: si cuando el que heredó la cosa de patrimonio ó abolengo la vendió, y posteriormente la volvió á comprar quedará sujeta al retracto si la vende segunda vez. Antonio Gomez propone esta duda en el número 24 del Comentario á la ley 70 de Toro, y Matienzo en la glosa 8.ª, número 6.º de la ley 7.ª, tít. 11, lib. 5.º de la Recopilacion, y resuelven que no. Alegan en su apoyo varias razones de congruencia ó de paridad, y omiten la que es peculiar y propia de la materia, á saber, que no la obtuvo inmediatamente por herencia de su padre ó abuelo, como es necesario para que la heredad se llame de patrimonio ó abolengo, sino que la adquirió por título oneroso de un estraño.

79 Segunda duda: si cuando el pariente ha retraido la cosa quedará sujeta al retracto si la vende á un estraño. Matienzo en el número 10 del lugar citado arriba se declara por la afirmativa, fundándose en que por el retracto que hace el descendiente de la familia no pierde la cosa la cualidad de patrimonial ó de abolengo, antes bien el retracto se concede para que la cosa no salga de la familia del que la vende, sino para que se conserve en ella. A pesar de esto soy de parecer que en el caso propuesto no debe tener lugar el retracto, fundándome para ello en la misma razon que queda espuesta en la resolucion de la duda anterior.

80 Para que tenga lugar el retracto es requisito indispensable, segun la declaracion que se contiene en la ley 15, que la cosa que se diga patrimonial ó de abolengo se haya heredado del padre ó abuelo, y el que la adquirió por medio del retracto no la obtuvo por herencia de su padre ó abuelo, sino por medio de un contrato oneroso de venta.

81 Al fundamento de Matienzo se satisface diciendo, que aunque es cierto que la cosa retractada por el pariente permanece en la familia del que primero la adquirió, pierde la cualidad de patrimonial ó de abolengo á causa de que esta denominacion envuelve en sí no solo el que la cosa haya sido de alguno de los ascendientes del actual poseedor, sino el que se haya dejado al mismo por título hereditario, y como falta esta cualidad en el pariente que la ha retraido, no queda sujeta al retracto caso de que trate de venderla.

82 Para que no se crea que esta distincion es arbitraria ó de capricho, basta saber que esta fundada en la citada ley 15, en donde se declara que lo que se adquiere por compra, por trueque, por donacion ó en otra manera que no sea por haberlo heredado de su abolengo ó patrimonio no está sujeto al retracto cuando se venda, y sin embargo no puede ponerse en duda que lo que un hijo ó descendiente adquiere por cualquiera de los modos indicados esta en la familia de su padre ó abuelo. Aun se puede esforzar mas este raciocinio con las palabras de la misma ley, que dice: que lo que uno hubiere adquirido por compra lo pueda enagenar libremente en su vida, sin que puedan usar del retracto sus propios hijos; es asi que en el caso de la disputa el pariente que usó del retracto adquirió la cosa por título de compra, con que segun la declaracion de la ley puede libremente enagenarla en vida, sin que tengan derecho para retraerla sus hijos y descendientes.

83 Albornoz en el fol. 119, col. 3.ª del lugar citado, sigue la opinion negativa de que no es retractable la cosa que se sacó por retracto, y funda su opinion en "que hecho el retracto por el de la familia, la

cosa que se sacó queda fuera de la familia," en lo que comete un manifiesto error; porque si era de la familia el que la sacó y adquirió por retracto ¿cómo ha de quedar fuera de la familia poseyéndola un individuo de ella? Mas claro, si la cosa estaba en la familia cuando la tenia el que la heredó, ¿cómo ha de haber salido de la familia por el retracto, cuando para retraer es necesario que el pariente sea, segun la ley del fuero, del mismo patrimonio ó abolengo que el que la vendió?

84 Tan lejos está de que la cosa que se retrae salga de la familia, que antes bien el único objeto del retracto es volver á la familia lo que habia salido de ella. Es cierta la opinion de Albornoz, pero no la razon en que la funda, porque el haberse hecho no retractable es por haberse adquirido por venta y no por herencia.

85 Esta doctrina de la cosa retraida por el pariente debe regir igualmente en el pariente á quien se vende libre y espontáneamente una heredad de su abolengo ó patrimonio, como si un hermano vende á otro lo que heredó de su padre ó abuelo, porque habiéndola adquirido el hermano por compra perdió la cualidad de patrimonial, y asi la podrá vender libremente, como sucede en todos los casos en que el que ha retraido la cosa patrimonial dispone despues el venderla.

86 Tercera duda: si cuando la cosa se vende á un pariente en grado mas remoto en la línea de padre ó abuelo, podrá retraerla otro de grado mas próximo, como por ejemplo, si un hijo del testador vendió á un nieto del mismo por otra línea la finca que heredó de su padre, podrá usar del retracto contra dicho nieto otro hijo del mismo testador.

87 Antonio Gomez en el número 13, Albornoz al fol. 120, col. 4.ª de los lugares citados, y Matienzo en la ley 7.ª, glosa 5.ª, número 8.º y 12, Gutierrez en el libro 2.º de las cuestiones civiles, cuestion 150, y el padre Molina en el tratado 2.º, disputacion 370, se proponen y resuelven la presente duda afirmando que tiene lugar el retracto contra el pariente del grado mas remoto. Aunque sea de consideracion la autoridad de estos escritores, la prudencia dicta que debe darse la preferencia al peso de la razon antes que al de la autoridad. Gomez principalmente se funda en que no puede el vendedor privar al pariente mas cercano del derecho que la ley le concede. Matienzo alega varias razones de congruencia, que directamente no son adaptables á la materia. Albornoz funda su opinion en que en esto se diferencia el retracto de sangre del de comunion. Gutierrez repite lo que han dicho los demas, y lo que añade no es de importancia. El padre Molina observa oportunamente que por la ley del fuero se concede el derecho de retracto al pariente mas inmediato, de forma que si este no usa de él, no puedan ser admitidos los de grado mas remoto, de que infiere que la intencion de la ley no fue de que la heredad no saliese de la familia del primer poseedor, sino que viniese al mas propincuo, siendo de estrañar que saque esta ilacion despues de reconocer que por la ley 12 del lib. 5.º, tít. 11 de la Recopilacion, se derogó la ley del fuero en esta parte, y se concedió á todos los parientes dentro del cuarto grado el derecho de retracto, aunque prefiriendo los mas próximos á los otros.

88 Sin embargo de que la opinion de estos autores está recibida como la mas comun, la contraria á mi parecer tiene á su favor el peso de la razon. Es innegable que el derecho de retracto es odioso, contrario y restrictivo de la libertad natural que compete al vendedor para enagenar sus bienes en quien le parezca, como asi lo declara en términos espresos, hablando del retracto de sangre, la ley 14, C. *de contrahenda emptione*, graduando de injuria la que se hace al vendedor en limitar la libertad de vender. Asi lo reconoce Gomez en el número 1.º, donde acumula muchas leyes al intento, y tambien lo confiesa Matienzo en la glosa 13 de la ley 8.ª, número 1.º, donde afirma que con tanto rigor se debe observar la letra de la ley, que no es permitido separarse de sus palabras, ni lo ancho de una uña. Del mismo dictámen es Gutierrez en la cuestion 145 del libro 2.º de las civiles, número 2.º, donde confiesa que las leyes reales que hablan del retracto son exorbitantes y odiosas, y deben restringirse porque son derogatorias del derecho comun. Es esta una verdad tan manifiesta que no admite la menor duda en contrario, pues siempre que por la concesion hecha á un cuerpo ó particular se priva al comun de los individuos de la facultad que antes les competia por la ley, semejante concesion es odiosa y de rigorosa observancia para

no darla la menor estension sobre aquello que espresan las palabras de la ley, á diferencia de aquellas otras concesiones que son favorables á las personas á quienes se dispensan y no privan, limitan, ni restringen del derecho que compete á los demas, como sucede en el privilegio concedido á las mugeres para que no puedan obligarse por agenos débitos.

89 Si pues el derecho de retracto es odioso por ser restrictivo de la libertad de enagenar, y de consiguiente es de rigorosa y literal observancia para no darle mayor e tension que la que la ley le concede, no habiendo ninguna entre nuestras leyes reales que especifique caso en que dé retracto contra el pariente del vendedor que haya comprado la heredad de patrimonio ó abolengo, y antes bien por el contrario tratando la ley 8.ª, que es declaratoria de la del fuero, de resolver la duda acerca de quién deberá ser preferido en el retracto activo, el hermano del vendedor, ó el hijo del mismo respecto de la heredad que habia sido de su abuelo, supone que dicha heredad se habia vendido á un estraño, sin duda para dar á entender que en otro caso no habia lugar al retracto, y aun añade mas, pues exige por condicion que el hermano y el hijo del vendedor ambos han de concurrir á un tiempo á pedir la espresada heredad, con lo que claramente quiso manifestar que en el caso que cualquiera de los dos se anticipase á comprarla, cesaba la duda de la preferencia que la ley concede al hijo del vendedor respecto de su tio, luego es á todas luces claro que la facultad que se concede por las leyes al pariente para que pueda sacar por el tanto del comprador estraño la heredad de patrimonio ó abolengo, no se debe estender al caso de que el comprador no es estraño sino pariente del mismo vendedor.

90 Se aumenta la probabilidad de esta opinion si se atiende a la causa inductiva del retracto, que en el dia es que la heredad de patrimonio ó abolengo no salga de la familia del que primero la adquirió pasando al dominio de un estraño, cuya causa cesa cuando se hace la venta á uno de la misma familia, y cesando la razon de la ley es consiguiente que cese tambien su disposicion.

91 Es una comprobacion de esta verdad lo que sucede en el retracto de la cosa comun. La causa de concederse á los comuneros el retracto ó preferencia en el caso de que se venda por uno de ellos la parte que le corresponde en la cosa comun, fue el disminuir el número de partes que se habia de hacer de la cosa común, si llegaba á dividirse, y como se logra este fin cuando un comunero vende á otro la parte que le pertenece, ninguno de los comuneros ó consocios tiene derecho á usar del retracto ó pretender la preferencia en la venta, como lo confiesa Gregorio Lopez en la glosa 5.ª de la ley 55, tít. 5.°, partida 5.ª, espresando que aunque el consocio á quien se ha hecho la venta tenga solamente una milésima parte en la cosa comun no puede pretender ser preferido el que tenga mayor porcion. Lo mismo repite Matienzo en el número 10, glosa 3.ª de la ley 13 del título ya citado. E igualmente lo reconoce Albornoz al fol. 120, col. 4.ª, dando por razon que á los comuneros no se les concede el retracto sino cuando la parte de la cosa comun se vende á un estraño; pero se equivoca en creer que la razon de la ley es la que dice, pues esa es la resolucion y no la causa ó razon de ella, que como dejo manifestado es la de disminuir el número de las partes de la cosa comun, y de consiguiente el de los comuneros, y como cuando uno de ellos vende á otro su parte se consigue el fin que se habia propuesto la ley en su resolucion, cesa esta, que se dirijia á dar preferencia al comunero respecto de la venta que hacia el consocio de su parte á un estraño, luego por paridad de razon debe decirse lo mismo en el caso de la disputa, pues siendo la causa de concederse á los parientes el retracto de sangre en la venta de la heredad de patrimonio ó abolengo, el que esta no salga de la familia, consiguiéndose este fin cuando la venta se hace á uno de los parientes de la misma familia dentro del cuarto grado, debe cesar la disposicion de la ley.

92 Nada le aprovecha para su intento al P. Molina la observacion que hace de que por la ley del fuero se conceda el retracto únicamente al pariente mas inmediato, sin estenderlo á los demas de la familia, aun cuando el mas próximo no quisiese usar de él, porque por la ley 12 del mismo título, que es la 73 de Toro, se derogó la disposicion de la ley del fuero en esta parte, y se estendió el derecho activo de retracto á todos los parientes dentro del cuarto grado, guardando entre sí

el órden de preferencia con respecto á su mayor proximidad al abuelo ó padre que primero adquirió la cosa.

93 Como por la ley del fuero era el derecho de retracto privativo y peculiar del pariente mas inmediato, quedaban los de grado mas remoto en la clase, y concepto de estraños, como que á ellos no alcanzaba el beneficio de la ley, y de consiguiente estaban sujetos como otro cualquiera estraño á sufrir el retracto pasivo, si el pariente mas próximo queria usar del de su privilegio; pero despues que la ley de Toro derogó la disposicion de la del fuero, y estendió el retracto activo á todos los parientes dentro del cuarto grado distinguiéndolos y diferenciándolos de los estraños, se presume que tambien los distinguió y diferenció de los mismos en cuanto á eximirlos de sufrir el retracto pasivo, pues habiéndolos reputado por de la familia por el hecho de haberles concedido el retracto activo, se inferia por una consecuencia necesaria que los habia eximido del retracto pasivo, porque de lo contrario se incurriria en cierta inconsecuencia ó contradiccion, cual seria que habiendo reputado ó declarado por de la familia á los parientes de grado mas remoto por el hecho de haberles concedido el retracto activo, permitiese contra los mismos el retracto pasivo para evitar que la heredad saliese de la familia adquiriéndola ellos.

94 Es digno de notarse que siendo nuestros comentadores tan propensos á hacer uso de las disposiciones de las leyes romanas, que no pocas veces por observarlas violentan la letra y espíritu de las leyes patrias, se hayan olvidado de aplicar á la decision de la presente duda lo dispuesto en el §. 15 y siguientes de la ley 114, ff. *de legatis* 1.º, donde hablando el jurisconsulto Marciano del caso en que un testador dejó en fideicomiso á un hijo de quien tenia tres nietos una heredad con la condicion de que no la enagenase para que se conservase en la familia, pasando á especificar algunos casos en que el heredero cumplia con la voluntad del testador, dice espresamente que cumpliria con la condicion impuesta de conservarla en la familia si se la dejaba á uno de los nietos: Aun se esplica, si cabe, con mas claridad en este punto el jurisconsulto Papiniano en el §. 2.º de la ley 67, ff. *de legatis* 2.º, en donde hablando de igual caso en que quedasen tres de la familia del testador, fueran del mismo grado ó diferente, dice bastaba el que la heredad fideicomisaria se dejase á uno de los tres, dando por razon que despues de haber cumplido en esta parte con la voluntad del testador, falta en los demas la condicion con que habian sido llamados.

95 Si el heredero á quien se deja un fideicomiso para que lo conserve en la familia cumple con la voluntad del testador si lo deja á uno de ella, aunque no sea mas inmediato, ¿cómo dirigiéndose el derecho de retracto á impedir que la heredad de patrimonio ó abolengo salga y se conserve en la familia, ha de poder el pariente mas inmediato sacarla y retraerla de uno de la misma familia, aunque en grado mas remoto, á quien la vendió el heredero en uso de la libertad natural que el derecho le concede?

96 No pudiéndose desentender Matienzo de las leyes civiles ya citadas, y de otras que intenta traer al asunto, procura conciliarlas diciendo en el número 15 que cuando la condicion del fideicomiso es para que se conserve en la familia, dejándolo á uno de ella, como sucede en el caso de la ley 67 arriba citada, tendrá facultad el heredero para elegir al que le parezca de la familia, aunque no sea de grado mas próximo; pero si el fideicomiso se ha dejado pura y simplemente á la familia ó para la familia, sin especificar que se diese á uno de los individuos de ella, entonces afirma que el heredero no podrá elegir al de grado mas remoto, con esclusion de los mas próximos, y si lo elige serán admitidos los mas inmediatos, revocándose la enagenacion hecha en el mas remoto, y cita en comprobacion la ley 32, §. *in fideicomisso*, ff. *de legatis* 2.º

97 Aunque esta distincion de Matienzo sea cierta y fundada en principios legales, nada le aprovecha para libertarse del argumento que ofrece el §. 15 de la citada ley 114. En ella se deja el fideicomiso al heredero con la espresa prohibicion de enagenarlo para qne se conserve en la familia, que es el caso que guarda una cabal y completa semejanza con el derecho de retracto, por el cual se prohibe al heredero la irrevocable enagenacion de la heredad de abolengo ó patrimonio para que se conserve en la familia. Ahora pues, ó el espresado caso

de que habla la ley 114 equivale ó es lo mismo que si hubiera dejado el fideicomiso al heredero para que lo diese á uno de la familia, ó debe reputarse como si general y simplemente lo hubiera dejado á la familia ó para la familia. Si elige el primer estremo, tan lejos está de aprovechar á Matienzo la distincion de que se vale, que antes bien le es contraria á su intento, pues tendrá que confesar que el heredero en el referido caso de la ley 114 podria elegir al que le parezca de la familia para que suceda en el fideicomiso, como lo reconoce Matienzo en el caso de la ley 67, en que se dejó el fideicomiso al heredero á fin de que eligiese uno de la familia. Si abraza el segundo estremo de la distincion, choca directamente con la resolucion de la precitada ley 114, pues en el §. 18 de la misma se declara que si el heredero en el caso indicado instituyó únicamente á uno de los tres nietos que dejó el testador, los dos restantes que han sido desheredados nada podrán pedir mientras que el fideicomiso se conserve en la familia en la persona del nieto instituido, con lo que se manifiesta con la mayor claridad que el heredero en el mencionado caso tuvo facultad de elegir al que le pareció de la familia para suceder en el fideicomiso, y de consiguiente se infiere, contra la distincion de Matienzo, que aun cuando el fideicomiso se deja pura y simplemente á la familia, ó para la familia, tiene el heredero la libertad de elegir al que quiera de ella para que le suceda.

98 Despues de haber establecido Gomez la opinion que acabo de refutar, infiere como por legítima consecuencia que el pariente de grado mas próximo tendrá derecho de retracto para poder sacar á prorata una parte de la heredad de abolengo ó patrimonio que se haya vendido á otro pariente del mismo, é igual grado que el suyo, y asi afirma lo aconsejó en un caso que le consultaron. No es fácil de comprender cómo del antecedente de que un pariente de grado mas próximo tenga derecho de retracto contra otro de grado mas remoto pueda inferirse que se haya de decir lo mismo cuando ambos parientes se hallan en igual grado.

99 Si despues de haber probado Gomez que se daba retracto pasivo contra el pariente de grado igual, infiriera que lo mismo debia decirse cuando era de grado mas remoto, la consecuencia seria legítima; pero inferir de modo inverso es faltar á las reglas de una buena lógica.

100 Albornoz al fol. 120, col. 3.ª al fin, sigue la opinion de Gomez, como tambien Matienzo al número 18 y 19 de la glosa 5.ª de la ley 7.ª, y Gutierrez en la cuestion 151 del lib. 2.º de las civiles.

101 Como todas las razones de que me he valido para probar que no se da derecho de retracto al pariente mas próximo contra el mas remoto, obran aun mas eficazmente para persuadir que tampoco podrá darse derecho de retracto contra el pariente que está en igual grado que el que intenta retraer, es ocioso repetirlas, y solo añadiré que la ley 114, tantas veces citada, presenta un caso el mas análogo para el asunto, pues teniendo tres nietos el testador que estaba en igual grado, el heredero dejó el fideicomiso á uno de ellos, y espresa la ley que los otros dos no tenian facultad para reclamar la eleccion del heredero; á que se aumenta aquel principio legal de que en igualdad de causa es mejor la condicion del que posee.

102 El P. Molina, despues de referir en el número 15 de la disputacion 370 la opinion de Gomez y Gutierrez, dice que no conviene separarse de ella, aunque la reputa y tiene por dura, en lo que manifiesta defiere mas á la autoridad que á la razon, cuando debiera ser lo contrario.

103 Cuarta duda: si tendrá lugar el retracto cuando el estraño que compró la heredad de patrimonio ó abolengo la vende á un tercero, corriendo el término de los nueve dias para retraerla. Matienzo examina esta cuestion en el número 11 de la glosa 8.ª de la ley 7.ª, y despues de citar un largo catálogo de autores estrangeros, resuelve que deberá tener lugar el retracto, y en su virtud podrá sacar el pariente la heredad del último que la compró, y aun estiende su resolucion al caso de que la enagenacion se hubiese hecho por donacion ó por otro título lucrativo.

104 El fundamento de esta resolucion es tan obvio como cierto. El primer comprador no tiene un dominio absoluto ó irrevocable en la heredad de abolengo ó patrimonio, corriendo el término para el retracto, y de consiguiente, segun regla de justicia, no puede transferir en otro mas derecho que el que á él le compete; y como el suyo estaba sujeto á las leyes del retracto,

tambien lo debe estar el que transfirió al segundo comprador ó donatario.

105 Si fuera permitido que el primer comprador, corriendo el término del retracto, pudiera vender ó donar la heredad comprada, se abriria un campo dilatado para cometer fraudes por medio de enagenaciones simuladas y confidenciales, con lo que quedarian eludidas las leyes del retracto.

106 Tambien puede coadyuvar á la resolucion de esta duda lo dispuesto por la ley 2.ª y 4.ª, C. *de litigiosis*, que anula y prohibe la venta y enagenacion de la cosa litigiosa pendiente el litigio.

107 En tanto grado es cierta la resolucion de la duda indicada, que aun cuando el primer comprador enagenase la cosa en un pariente del primer vendedor en grado mas remoto que el que la intenta retraer, debe regir la misma resolucion, porque entonces se incidiria en el caso de la concurrencia de los parientes en grados desiguales, en cuyo caso, asi la ley 7.ª como la 12, dan la preferencia al mas próximo, y por esta regla si el último comprador pariente estuviese en igual grado que el que intentaba retraer, deberia dividirse entre ambos, segun la citada ley 7.ª

108 Acaso podrá decirse que esta esposicion se halla en una manifiesta contradiccion con la resolucion de la duda anterior, en que se ha probado con sólidas razones que no se da retracto contra el pariente de grado mas remoto, y mucho menos contra el próximo ó de igual grado, pues en el caso de que se acaba de hablar espresamente se ha dicho lo contrario; pero sin embargo debe decirse no media la menor contradiccion entre las dos resoluciones que se creen en oposicion.

109 Cuando vende el heredero la heredad de patrimonio ó abolengo á un pariente de grado mas remoto ó próximo, no tiene lugar el retracto por los fundamentos que se han espuesto en la duda anterior. No sucede lo mismo cuando el heredero vendió á un estraño, porque entonces la venta queda sujeta al retracto, segun la ley del fuero y demas posteriores, y aunque la enagenacion que haga el comprador se verifique en favor de algun pariente del heredero, sea en grado remoto ó próximo, conserva la heredad la cualidad de rectractable que tenia en el primer comprador estraño, de quien derivan su derecho los demas poseedores á quienes se haya transferido la heredad, corriendo el término para el retracto contra el primer comprador estraño.

110 Duda quinta: si la finca que el padre deja á un hijo ú otro descendiente en vida ó en muerte por via de donacion, mejora, prelegado ó legado está sujeta á las leyes del retracto. Esta duda, que en realidad es útil, y de no pequeña trascendencia é importancia, la ha pasado en silencio el comun de nuestros autores, á escepcion de Acevedo, que la propone en el Comentario á la ley 15, tít. 11, lib. 5.º de la Recopilacion, afirmando en el epígrafe de dicha ley que el retracto ya no tiene lugar sino en las cosas de patrimonio ó abolengo que ha adquirido el vendedor por herencia, y no por cualquier otro título.

111 Aunque Acevedo no se detiene á esponer las razones en que funda su opinion, contentándose únicamente con citar á favor de ella dicha ley 15 y 8.ª del mismo título, sin embargo soy de parecer que su opinion es enteramente cierta, y conforme con nuestras leyes patrias, como voy á manifestar.

112 Refiriendo la ley 15 las dudas que frecuentemente se suscitaban acerca de los bienes que podian retraer los hijos y nietos de sus padres y abuelos, declara que no estan sujetos á retracto los bienes que los vendedores han adquirido por compra, por trueque, por donacion, ó en otra manera..... salvo cuando los tales bienes fueren vendidos por personas que los hubieren heredado de su abolengo ó de su patrimonio, y los vendiesen los que asi los hubiesen heredado.

113 Por esta declaracion no solo señala la ley el título que admite el retracto, cual es el de la institucion de heredero, sino que espresa tambien los que lo escluyen, como son, el de compra, permuta, donacion, y cualquier otro, en cuyas últimas palabras indica que todo título que no sea el de institucion de heredero escluye el derecho de retracto. Resta ahora ver si la mejora de tercio y quinto se adquiere ó no en virtud de título hereditario.

114 La ley 21 de Toro, que es la 5.ª del tít. 6.º, lib. 5.º de la Recopilacion, decide la duda con toda la claridad que pudiera apetecerse, en la que resuelve que el hijo, ó cualquier otro descendiente legítimo mejorado en tercio y quinto de los bienes de sus padres ó abuelos, puede si quiere repudiar la herencia de sus padres y abue-

los, y aceptar la dicha mejora; cuya resolucion ofrece una prueba incontestable de que la mejora de tercio y quinto no se adquiere por título hereditario, sino por otro distinto, pues á no ser asi mal podria conciliarse que la ley permitiera se renunciase la herencia, y al mismo tiempo se aceptase la mejora.

115 Aunque la ley que se acaba de citar es suficiente para el intento de acreditar que la mejora no se adquiere por título hereditario, y de consiguiente que no puede tener en ella lugar el retracto, aun hay otro testimonio igualmente convincente de que la mejora de tercio y quinto se obtiene por título de donacion, que es uno de los que la ley 15 citada señala esclusivos del retracto. La ley 26 de Toro, que es la 10 del espresado título de la Recopilacion, establece que la donacion que los padres hagan á sus hijos ó descendientes, bien sea por última voluntad ó por contrato entre vivos, se tenga y entienda por mejora de tercio y quinto de sus bienes, aunque no digan que los mejoran, con lo que se demuestra con la mayor claridad que la mejora de tercio y quinto es y se reputa una verdadera donacion, por lo menos en lo que no alcance á la legítima.

116 De lo dicho se infiere cuán equivocadamente procede el P. Molina en el número 4.º de su disputacion 370, cuando apartándose del dictámen de Gomez, que exige en el número 3.º de su Comentario como requisito necesario para el retracto que la finca haya de haber permanecido en poder del primer poseedor hasta su muerte, afirma que si el padre ó ascendiente la da en su vida á un hijo ó nieto, bien sea para ordenarse, ó por causa de matrimonio, ó á la hija ó nieta en dote, ó por otra cualquier donacion, y dicho hijo ó nieto la vendiese viviendo aun su padre ó abuelo, podia retraerla el descendiente mas inmediato del primer poseedor, y se funda en que aquella finca debe computarse en el patrimonio del padre ó ascendiente, trayéndose á colacion al tiempo de su muerte para hacer la division de sus bienes, y se ha de recibir como legítima, ó á lo menos como mejora, legado ó prelegado, y añade por último que esta es la mente y espíritu de las leyes, á que se ha de estar antes que á sus palabras.

117 Para conocer el poco fundamento de esta opinion del P. Molina, basta tener presente que las donaciones que se hacen por última voluntad ó por contrato entre vivos, segun la ley 26, se reputan en primer lugar por mejoras de tercio y quinto, y en el esceso por legítima, y las demas donaciones de dote, donacion *propter nuptias*, y demas de que habla la ley 29, sucede al contrario, que en primer lugar se imputan en la legítima, y en el esceso de ella se reputan por mejoras de tercio y quinto; y como hasta la muerte del padre, en que debe hacerse la division de sus bienes, segun se dispone en la ley 23, no puede saberse la parte que corresponde á los hijos por sus mejoras y legítimas, no se hace posible graduar la parte que corresponderia á estas en las donaciones para sujetarlas al gravámen de retracto, sin que le sirva de escusa al P. Molina la salvaguardia de que se vale, pretendiendo que antes se ha de atender á la mente de la ley que á sus palabras, porque esta regla, que en algun caso tiene lugar, y de que debe usarse con mucha prudencia y circunspeccion, no puede aplicarse á una materia exorbitante, odiosa y contraria al derecho comun.

118 Si el deberse traer á colacion el valor de la finca que el padre dió á su hijo ó descendiente es razon concluyente (como pretende el P. Molina) para que pudiese retraerla el pariente mas próximo, vendiéndola el donatario en vida de su padre ó ascendiente, tambien deberá decirse otro tanto en el caso que el mismo padre la vendiese, pues se verificaria que al tiempo de su muerte dejaba en su patrimonio, sino la finca, á lo menos su valor.

Ley LXXI de Toro; es la 10, *tít.* 11, *libro* 5.º *de la Recopilacion.*

Cuando muchas cosas fueren vendidas, por un precio, que sean de patrimonio, ó abolengo, que el pariente mas propinco no pueda sacar la una, y dejar las otras, sino que todas las haya de sacar, ó ninguna de ellas; pero si las dichas cosas fueren juntamente vendidas por diversos precios, en tal caso pueda el pariente mas propinco sacar la que de ellas quisiere, faciendo las diligencias é solemnidades en las dichas leyes del fuero é ordenamiento contenidas.

COMENTARIO

á la ley 71 de Toro.

1 Dispone la presente ley que cuando muchas cosas de patrimonio ó abolengo se venden por un precio no se puedan sacar unas, y dejar otras, sino que las ha de sacar todas ó ninguna el pariente que quiera usar del derecho de retracto; pero caso que las espresadas cosas se vendan juntamente por diversos precios, podrá sacar y dejar las que quisiere, haciendo las diligencias prevenidas en las leyes del fuero y del ordenamiento.

2 Palacios Ruvios en la presente ley cree que la decision se funda en que solo hay una venta cuando diversas cosas se venden por un precio, segun la ley 33, ff *de actione empti*; pero por lo que espondré despues se conocerá que esta razon no es adecuada.

3 La segunda parte de la ley concede al pariente la facultad de sacar unas de las cosas patrimoniales y dejar otras, aunque hayan sido vendidas por un solo contrato, con tal que á cada una se le haya regulado su precio, debiendo tener lugar, aun cuando se hayan vendido muchas por un precio, pero en el instrumento ó contrato se ha dividido entre ellas á proporcion de su estimacion, como por ejemplo, si se vendiese una casa y un campo por trescientos pesos, ciento por la casa y doscientos por el campo, porque en tal caso no se reputa por una sola venta, sino por dos, como lo afirma Matienzo, ley 7.ª, título 11, lib. 5.º de la Recopilacion, glosa 7.ª, número 28, donde cita á otros, y lo mismo resuelve se ha de decir en el caso que al principio se dividiese el precio entre las dos cosas, y despues se uniesen en una suma las dos cantidades, como si se dijere, te vendo la casa por cien pesos, y el campo por doscientos, que hacen en todo trescientos, pues aun en este caso se considera que intervienen muchas ventas, y no una sola.

4 Se debe limitar la resolucion de la segunda parte de la ley en el caso que conste que el comprador no hubiera tomado aquellas cosas, sino se las hubieran dado todas juntas, pues aunque en tal caso cada una tenga su precio correspondiente, se reputará por una sola compra, y no por muchas, y no podrá el pariente sacar una y dejar otra, como lo resuelve Matienzo en el lugar citado, número 29, donde en comprobacion de esta doctrina cita á Tiraquelo, lib. 1.º *de retractu*, §. 23, glosa 1.ª, número 20, que dice, que si uno vende cien yugadas de tierra, espresando el precio que corresponde á cada una, de las cuales unas son fértiles y otras estériles, no podrá el consanguíneo sacar las fértiles y dejar las estériles, porque no era verosimil que el comprador quisiese tomar las estériles sin las fértiles, pagándolas á un mismo precio.

5 Pertenece á la primera parte de esta ley en cierto modo la duda que suscitan los autores acerca de si podrá tener lugar el retracto cuando se vende una cosa de patrimonio ó abolengo juntamente con otra que no lo es por un solo precio. Gomez al número 15, Matienzo en el lugar citado, número 31, Gutierrez prácticas cuestiones, lib. 2.º, cuestion 162, y Molina *de justitia et jure*, disputacion 370, tratado 2.º, número 18, uniformemente resuelven que puede el pariente sacar la cosa de patrimonio ó abolengo, y dejar la que no lo es, no solo cuando la venta se hace con fraude para privar por este medio del retracto al pariente, sino tambien cuando se haya celebrado con buena fé.

6 El fundamento de esta opinion lo colocan en el capítulo *constitutus* 8.º *de in int. rest.*, en el que resuelve el Papa Gregorio IX que sean admitidos en virtud de la restitucion *in integrum*, para retraer una parte de una cosa, que juntamente con la otra habia sido vendida por un solo precio, de cuya distincion infieren los autores citados que si se permite el retracto en la parte ó mitad de una cosa, cuya otra mitad no se podia retraer, con mayor razon se ha de decir es permitido el retracto de una cosa patrimonial íntegra que ha sido vendida por un mismo precio con otra no patrimonial.

7 Tres son los argumentos que propone Gutierrez contra su opinion: el primero deducido de la presente ley en su primera parte, en la que dispone que cuando varias cosas patrimoniales se venden por un precio, no puede sacar unas el pariente dejando otras, sino que las ha de sacar todas ó ninguna, sin duda porque el contrato es indivisible, y no puede disolverse en parte, segun la ley *scire debemus* 29,

ff. *de verborum obligationibus.* Luego por igual razon se ha de decir en el presente caso de venderse la cosa patrimonial con otra que no lo es, que ó se han de sacar las dos ó ninguna, pues la venta simultánea de cosas de diverso género no constituye divisible el contrato que por su naturaleza no lo es.

8 El segundo se reduce á que debiendo consignar el precio el pariente dentro de los nueve dias, segun la ley, no podria practicarse esta diligencia en el presente caso, porque siendo uno solo el precio de la cosa patrimonial y de la no patrimonial, no podria saberse el valor y precio de la cosa patrimonial para consignarlo.

9 El tercer argumento se dirige á persuadir que caso que el comprador no hubiera comprado la cosa patrimonial sino con la no patrimonial, aunque el precio se divida en las dos, se le seguiria perjuicio, lo que se debe evitar en el retracto.

10 En satisfaccion de estos argumentos responde Gutierrez, al primero que la presente ley habla del caso cuando todas las cosas que se venden por un precio son patrimoniales, y entonces hay varias razones para que ó las saque todas ó ninguna, las que refiere Matienzo al numero 20 y siguiente del lugar citado, pero cuando la cosa patrimonial se vende por un precio con la no patrimonial, nada se le puede imputar al consanguíneo si saca solo la patrimonial y no la otra, pues aun cuando quisiera sacarla no lo podrá hacer contra la voluntad del comprador, porque aquella cosa no era de patrimonio. Ni se opone á esto el que el contrato sea indivisible, y por lo tanto no pueda disolverse en parte, porque por derecho especial y favorable de este reino se puede disolver el contrato por la cosa patrimonial, permaneciendo firme y subsistente por derecho comun en la otra cosa que se ha comprado por un precio con la patrimonial, y asi proviene esta variacion de diverso derecho, como sucede en el menor que contrata con el mayor, que por parte de aquel claudica el contrato, ley *Julianus* 13, §. *si quis*, ff. *de actione emptoris.*

11 Al segundo argumento dice que el precio se ha de ofrecer á prorata, debiendo estimar el juez el que haya de pagar por la cosa patrimonial con respecto al verdadero valor de cada cosa de las que se han vendido por un precio, y como es dificil que en el término de los nueve dias se pueda hacer esta liquidacion, bastará hacer la consignacion de cierto precio, segun la disposicion de la ley, que el consanguíneo dentro de los nueve dias ofrezca y consigne aquella cantidad que tuviere á bien, y por la demas cantidad que se ha de liquidar y tasar por el juez hasta el verdadero, justo é íntegro valor de la cosa que se retrae, ofrezca y dé fiador que se obligue en forma en los autos á satisfacerla al comprador, juntamente con las costas, lo que se debe practicar dentro de los nueve dias.

12 Al tercer argumento satisface diciendo que cesará su dificultad si el comprador se allana á que el consanguíneo saque ambas cosas patrimonial y no patrimonial, restituyéndole el precio íntegro de ella, porque en tal caso por la razon que se espresa en el argumento de que el comprador no reciba perjuicio, estará precisado el consanguíneo á sacar ambas cosas ó á dejarlas todas, segun Matienzo al numero 32, fundado en la ley *rhetor* 47, §. 1.°, ff. *de minoribus.* En corroboracion de esta opinion afirma Acevedo en el numero 10 del comentario á esta ley que es en tanto grado cierto, que hasta su tiempo no habia encontrado quien la impugnase.

13 Sin embargo de la respetable autoridad de estos escritores nacionales, su opinion la tengo por infundada y enteramente opuesta á la decision de la presente ley, como voy á manifestar.

14 Dos son los casos comprendidos en ella, á saber: cuando muchas cosas de patrimonio ó abolengo se venden por un solo precio, ó cuando á cada una se le señala y determina el suyo: en el primero ordena la ley que se hayan de retraer todas ó ninguna: en el segundo permite retraer unas y dejar otras á voluntad del retraente.

15 Entremos ahora á examinar la razon que pudo tener la ley para resolver con esta diversidad. No fue ciertamente el ser unas fincas patrimoniales y otras no, porque en ambos casos todas participaban de la misma cualidad: tampoco pudo ser la afeccion general que debia presumirse en el pariente para que si no las sacaba todas no se le permitiese sacar alguna; porque en el segundo caso, sin embargo de ser tambien todas las fincas patrimoniales, se le concede sacar al pariente la que elige, y dejar las demas. No siendo ninguna

de las razones espresadas la que motivó la decision de la ley, es forzoso reconocer que no pudo ser otra sino la de que en el primer caso todas las fincas se venden por un solo y único precio, y en el segundo á cada finca se le asigna y señala el suyo en la venta que de ella se hace, cuya ilacion es tanto mas fundada, cuanto entre uno y otro caso no se halla otra diferencia, por mas que se analicen, que la indicada de venderse todas las fincas por un solo precio, ó de señalar á cada una el suyo, por lo que es preciso convenir que en esta sola razon ó particularidad fundó la ley la variedad de su resolucion, pues de otro modo habria de decirse con injuria del legislador que su decision fue enteramente arbitraria.

16 Si cuando todas las fincas patrimoniales se han vendido por un solo precio no se admite el retracto parcial ó de una de ellas, sino que ha de ser total ó de ninguna, ¿cómo ha de poder decirse que en el caso de la disputa, cuando una finca patrimonial y otra que no lo es se venden por un solo precio, puede tener lugar el retracto parcial ó de una de ellas, siendo la razon igual? Mas claro y conciso, la misma razon que hay para no admitir el retracto parcial en el caso que todas las fincas se hayan vendido por un solo precio, milita en el caso de la disputa, luego tampoco debe admitirse en el retracto parcial. Que sea la misma la razon queda ya demostrado, pues por enumeracion de partes se ha hecho ver que no ha podido ser otra que la de haberse efectuado la venta en comun por un solo precio, y no haber señalado á cada finca el suyo; es asi que en el caso de la disputa se supone hecha la venta en comun por un solo precio, sin determinar el que corresponde á cada una de las fincas, luego es evidente que la misma razon que se halla en el caso de la ley, milita en el de la disputa, y por lo tanto debe entenderse comprendido en la disposicion de aquello.

17 No se crea que cuando se dice que en el caso de la disputa no debe admitirse el retracto parcial, se pretende que se ha de retraer tambien la finca no patrimonial, pues careciendo esta de dicha cualidad, no está sujeta al retracto, sino lo que se dice es, que no constando el precio cierto porque se vendió la finca patrimonial, no puede verificarse en ella el retracto.

18 Es tan necesario que conste el precio cierto por qué se ha vendido la finca patrimonial, que sin esta noticia no puede verificarse el retracto, que en la ley 70 de Toro se señala por requisito indispensable para el retracto la consignacion del precio porque se ha vendido, como consta de las mismas palabras de la ley, que dice: "con tanto que consigne el que saca el precio &c.," y siendo imposible hacer la consignacion del precio sin que antes se tenga noticia de él, de aqui es que sin que conste del precio cierto y determinado, no puede verificarse el retracto, por ser imposible en este caso hacer su consignacion prevenida por la ley.

19 Es en tanto grado cierto, que para el retracto ha de preceder la consignacion del precio porque se vendió la finca, que Matienzo, sin embargo de que es de la misma opinion que Gutierrez, no dudó afirmar en la glosa 4.ª de la ley 9.ª del citado título, número 1.º, que la consignacion del precio es tan necesaria para el retracto, que la exige la ley por forma, por hablar de ella condicionalmente, lo que manifiesta, segun el parecer del mismo Matienzo, que la pide la ley por forma, y no por mera solemnidad, y todos saben que el defecto de la forma ó requisito que establece la ley para algun acto ó contrato lo vicia y anula.

20 De lo que se ha dicho se infiere que cuando una ó muchas fincas patrimoniales se venden por un precio juntamente con otra que no lo es, no puede retraerse ninguna de las patrimoniales ni todas ellas, porque no consta el precio de cada una ni el de todas para poder hacer su consignacon con arreglo á la ley; y por el contrario se deduce que si varias fincas patrimoniales se han vendido por precios fijos y señalados con otra no patrimonial, podrá retraerse cualquiera de ellas, ó todas, por saberse el precio de cada una para hacer la consignacion.

21 Tambien se infiere se equivocó Palacios Ruvios en decir en el número 1.º que la decision de la ley se fundaba en que solo habia una venta cuando diversas cosas se venden por un solo precio, y cita en su apoyo la ley 33, ff. *de actione empti*, pues aunque sea cierto que haya una sola venta, la misma ley declara que acerca de cada una de las cosas vendidas se puede pedir con la accion de compra ó de venta,

y Cujacio, comentando la espresada ley, afirma que es fácil su inteligencia, reducida á que si una cosa de las comprendidas en la venta es viciosa y las otras no, se puede pedir por la viciosa con la accion redibitoria ó estimatoria, y cita en su comprobacion la ley 72, ff. *de evictionibus*, lo que persuade que sin embargo de ser uno el contrato, pueden dividirse las acciones para pedir acerca de una de las cosas comprendidas en él. Es, pues, claro que la decision de la ley no se funda en la unidad del contrato, sino en la incertidumbre del precio de cada una de las cosas para poder hacer su consignacion, como queda manifiesto.

22 Establecida ya la certeza de nuestra opinion, corresponde examinar el fundamento de la contraria, y poner de manifiesto su ninguna solidez, y hacer ver al mismo tiempo, no solo que es contrario á la opinion que se intenta probar, sino que es confirmatorio en lo principal de la nuestra indirectamente.

23 Todo el fundamento de su opinion lo ponen Matienzo, Gutierrez, Acevedo y Molina en el capítulo 8.º de las decretales, *de in integrum restitutione* : en él se supone el hecho de que un hermano acudió por sí y por otro al Papa Gregorio IX quejándose de que unas posesiones que habian adquirido los padres de entrambos, constante matrimonio, y pertenecian á los mismos por mitad, las habia vendido su padre despues de la muerte de la madre, y sin embargo de que el vendedor habia tenido la precaucion de emanciparlos, á fin de que aprobasen la venta en la parte que comprendia las posesiones de la madre (como asi lo ejecutaron), pretendian que habiendo sido perjudicados en la venta, se les concediese la restitucion *in integrum*, por estar aun dentro de su término para repetir de sus compradores dichas posesiones devolviéndoles el precio : y en cuanto á la parte correspondiente á su padre (que ya habia muerto tambien) alegaba, que segun la costumbre establecida en la ciudad de Perusa, les competia el derecho de retracto de sangre dentro del año y dia, como á mas próximos parientes, y ofrecian entregar el precio á los compradores : en virtud de esta peticion comisionó el Pontífice á una persona, que no consta, á quien mandó que siendo cierto lo que en ella se esponia, declarase nula la venta en la parte correspondiente á la sucesion materna, si se omitió en la misma la debida solemnidad de derecho; pero si no se omitió, y resultaba que fueron perjudicados en dicha venta, pudiesen usar de la restitucion *in integrum*, tanto acerca de la parte que correspondia á la madre como á la del padre, con tal que cumpliesen lo que ofrecian, siendo cierto su relato.

24 Antes de entrar á examinar el mérito de esta resolucion, conviene advertir que esta decretal del Papa, aunque se halla inserta en el cuerpo de las decretales, no corresponde al derecho canónico ó pontificio en la parte que habla del retracto de sangre, pues no perteneciendo esta materia al dogma, á la moral, á la disciplina de la Iglesia, ni á lo ordinativo de los juicios en el tribunal eclesiástico, es claro que no competia al Pontífice, como gefe de la Iglesia, y por las demas razones que se han espresado en el Comentario de la ley precedente acerca de esta misma decretal del Pontífice.

25 Supuestos estos antecedentes, es indudable que las posesiones ó fincas que se enagenaron por el padre del suplicante eran comunes á marido y muger, y de consiguiente pertenecian á cada uno de ellos por mitad. Esto supuesto resta ver si se vendieron á un solo comprador ó á diversos, y segun la letra del mismo capítulo, la venta se hizo á diversas personas, pues dice espresamente *quibusdam vendidit*, y poco mas abajo, hablando de la devolucion del precio, se dice que habia de hacerse á los compradores ó á sus sucesores, de que se convence de que las posesiones de que habla el capítulo no se vendieron á un solo comprador, ni tampoco consta si fue en una ó muchas ventas, y si el precio solo fue uno ó diversos, cuyas particularidades deberian haberse hecho constar antes de pasar á fundar en dicho capítulo la resolucion de la duda de la disputa, por ser bien sabido que el que se funda en una cualidad contingente le incumbe la obligacion de probarla.

26 Desentendiéndose Gutierrez de la esposicion que hizo el suplicante al Papa, en que dice que su padre vendió algunas posesiones comunes á entrambos, supone que la venta se hizo de una sola finca, por un solo precio y en un contrato, de que infiere que si al suplicante en este caso se le admite el retracto de una parte de la cosa en fuerza de la costumbre, con mayor razon deberia ser admitido á retraer una finca entera patrimonial, aunque se hubiera

vendido con otra no patrimonial por el mismo precio. De este capítulo afirma que fue el primero de que se valió Tiraquelo para fundar esta opinion, aunque no usó del argumento *à fortiori*, que ahora deduce Gutierrez, lisongeándose al parecer de ser su inventor, como si fuera motivo de satisfaccion el confundir el número plural con el singular, ó haber supuesto una falsedad.

27 Concédasele en hora buena contra lo literal del capítulo, que solo se vendió una posesion que fue por un solo precio y en un contrato, aunque segun la letra los compradores fueron varios, lo que da motivo á presumir que no seria uno solo el contrato, sino diversos, á pesar de todo esto nada adelantaria Gutierrez para su intento, ni los autores que siguen su opinion.

28 La posesion que se supone vendida por un solo precio y en un contrato era comun, y pertenecia por mitad á los padres del suplicante, con que asi como ella era comun, debia ser comun de los mismos el valor que se dió por ella, y como esta comunion era por partes viriles ó por mitad, es claro que aunque se vendiese por un solo precio, la mitad de él pertenecia á la madre, y la otra mitad al padre, y de consiguiente constando el valor total de la fianza por la venta que se celebró, resultaba que la mitad de dicho valor, que era una cantidad cierta y determinada, pertenecia al padre, y por lo tanto podia usarse del retracto, y pasar á hacer la consignacion del precio (si es que se requeria esta condicion indispensable por la costumbre de Perusa, y si no se requeria era importuna la resolucion del capítulo citado para la esposicion de la ley real) sin necesidad de nuevo precio ó tasacion.

29 Dije arriba que el fundamento que servia de apoyo á los autores referidos no era contrario á la opinion que defendian, sino que confirmaba y corroboraba la mia indirectamente, lo que se hace demostrable con lo que se acaba de decir. En el caso del capítulo de las decretales, aun concedido que la finca ó fincas se vendiesen por un solo precio, el que correspondia á la parte ó partes que se habian de retraer era cierto y determinado, pues siendo la finca ó fincas comunes del padre y de la madre, era mas que claro que la mitad de todo el precio que habia importado la venta correspondia al valor de la parte que pertenecia al padre, que era la patrimonial que se habia de retraer, de que se convence que el caso de que habla la decretal no era de cuando la finca patrimonial se vendia por un precio incierto é indeterminado, juntamente con la no patrimonial, que es el de la disputa, sino del que constaba clara y distintamente del valor y precio fijo de las mitades de la finca ó fincas que se vendieron, que es el mismo de la ley de Toro, que dispone que si las fincas fueren juntamente vendidas por diversos precios pueda el pariente sacar de ellas la que quisiere.

30 De lo dicho se convence hasta la evidencia que el caso de que habla el capítulo de las decretales á nada conduce menos que á probar que cuando se vende una finca patrimonial por un mismo precio con otra no patrimonial, se puede retraer la primera, y antes bien indirectamente prueba lo contrario, esto es, que cuando la finca patrimonial se ha vendido por un precio indeterminado, aunque sea con otra no patrimonial, debe escluirse el retracto, como se declara en la primera parte de la ley.

31 Haciéndose cargo Gutierrez de la dificultad que hay en hacer la consignacion del precio de la cosa que se ha de retraer, cuando se ha vendido por un mismo precio con otra, se desembaraza de ella con una facilidad admirable diciendo, que debe el que retrae ofrecer el precio á prorata, y el juez estimará el que se ha de satisfacer ó corresponde á la finca patrimonial. ¡Bello arbitrio por cierto! Pregunto, ¿en este caso se verificará la consignacion del precio que exige la ley *pro forma*, que como se ha dicho no sufre suplemento ó equivocacion? ¿Y será creible que si este medio tan obvio fuera suficiente para el intento, se habia de haber ocultado al legislador para adaptarlo en el caso de que muchas fincas patrimoniales se venden por un mismo precio, que es en el que ordena la ley que no se pueda sacar una y dejar las otras, sino que todas las haya de sacar, ó ninguna de ellas?

32 Pretendiendo dar la razon de la disposicion de la ley en este caso, afirma que la causa de no admitirse el retracto parcial es por las razones que indica Matienzo en el número 20 y siguientes de la glosa 7.ª de la ley 7.ª, las cuales todas obran por identidad de razon, para que no se admita el retracto de la finca patrimonial en el caso de la disputa, como se convencerá cualquiera que se tome el trabajo de leer á Matienzo desde el número 20 al 27 del lugar

citado. Basta lo dicho hasta aquí para un cabal convencimiento de lo que me propuse probar.

33 Antonio Gomez funda su opinion en el capítulo de las decretales, pero tampoco alega otra razon que la de su autoridad, y en seguida cita un largo catálogo de leyes del derecho romano, que hablan del modo de hacer la regulacion del precio de las cosas que se han de abonar. Esto en realidad es suponer lo que se disputa, y tratar del medio con que se ha de ejecurar lo resuelto.

34 Conviene advertir que en la presente materia no se ha de graduar de dolosa ó fraudulenta la compra que se haga con el fin de impedir el retracto, y asegurarse el comprador de la permanencia en su poder de la finca que adquiere, como si compró una finca patrimonial por el mismo precio con otra no patrimonial, ó la permutó con otra, con tal que la compra ó permuta haya sido real y verdadera, y no simulada ó aparente, porque lo hace en uso de su derecho, y el que usa de la facultad que la ley le concede á nadie hace agravio, ni puede imputársele á dolo, el que como se define en el §. 2.º de la ley 1.ª, ff. *de dolo malo*, es una maquinacion dirigida á engañar, como cuando se hace una cosa y se aparenta otra, pero en este caso siendo la compra ó permuta verdadera, lo que se hace se dice, y lo que se dice se hace, por lo que este acto se ha de atribuir á destreza, astucia, sagacidad ó solercia del comprador, y no á dolo malo, que siempre se dirige á engañar á otro, y así con razon distinguen las leyes, y en especial la que queda citada, dos especies de dolo, uno malo y otro bueno, y lo mismo repite la ley 2.ª del tít. 16, partide 7.ª, en que especifica varios casos en que se comete dolo bueno, y el Apóstol san Pablo en el capítulo 12 de su segunda carta á los de Corinto, ver. 16, previniendo una objecion que podian hacerle, dice que valiéndose de su astucia los tomó por dolo.

Ley LXXII de Toro ; es la 11, tít. 11, lib. 5.º de la Recopilacion.

Cuando la cosa que es de patrimonio, ó abolengo se vendiere fiada, que el pariente mas propinco la pueda sacar por el tanto assi mismo fiada, con tanto que dentro de los dichos nueve dias dé fianzas bastantes, á vista de la nuestra justicia, que pagará los maravedis, porque assi fue vendida al tiempo que el comprador estaba obligado.

COMENTARIO

á la Ley 72 de Toro.

1 Dispone la presente ley que vendiéndose al fiado la cosa de patrimonio ó abolengo, pueda sacarla el pariente por el tanto tambien al fiado, con tal que dentro de los nueve dias dé fianzas bastantes, por ante la justicia, de que pagará la cantidad porque fuere vendida la cosa al tiempo que debia hacerlo el comprador.

2 Refiere Tiraquelo, citado por Matienzo en la ley 7.ª, tít. 11, libro 5.º de la Recopilacion, glosa 3.ª, número 6.º, que cuando la cosa se daba en fiado, dudaban los autores si el pariente estaba obligado á aprontar el precio para retraerla, ó si bastaba que lo entregase al tiempo que la debia dar el comprador, cuya duda se resolvió por la presente ley, por lo que se hace ocioso examinar los fundamentos que habia por una y otra opinion.

3 Quiere la ley que el pariente que ha de sacar la cosa dé fianzas bastantes ante la justicia, de modo que no es suficiente que los fiadores sean abonados, si el juez no los declara por tales, aprobándolos de forma que el dar fiadores en este caso equivale á la consignacion que se hace del dinero ante el juez, cuando la cosa se compró á dinero contante, sin que baste depositarlo en cualquier persona, por abonada que sea, como se ha dicho en la ley 70, y debiendo darse la fianza dentro de los nueve dias, podrá verse á Acevedo al número 3.º de esta ley, donde refiere las diligencias que se han de practicar.

4 Manda la ley que la fianza sea de pagar la cosa al tiempo que estaba obligado el comprador, y la razon de esto es porque el comprador de quien se saca la cosa debe quedar indemne, de forma que ni pierda nada de lo que ha desembolsado, ni reciba lucro de la compra, como se colige de las leyes 7.ª, 8.ª y 9.ª del tít. 11 de la Recopilacion; y si el comprador ó vendedor recibiera el precio antes de lo estipulado, ciertamente conseguiria mas de lo que se le debia, porque la tardanza en la paga es cierta diminucion de precio, segun la ley, *circa legem*, 66, *ad legem Falcidiam.*

Ley LXXIII de Toro; es la 12, tit. 11, lib. 5.º de la Recopilacion.

Cuando el pariente mas propinco no quisiere, ó no pudiere sacar la cosa vendida por el tanto, el pariente mas propinco siguiente en grado la pueda sacar, é ansi vayan de grado en grado por todos los parientes dentro del cuarto grado, con tanto que sea dentro de los dichos nueve dias, y con las otras diligencias contenidas en la dicha ley del fuero y ordenamiento.

COMENTARIO

á la Ley 73 de Toro.

1 Dispone la presente ley que cuando el pariente mas inmediato no quisiere ó no pudiere sacar la cosa, el mas propincuo siguiente en grado la pueda sacar, y asi vaya de grado en grado por todos los parientes, dentro del cuarto grado, con tal que esto se haga dentro de los nueve dias, y se observen las diligencias prevenidas en la ley del fuero y del ordenamiento.

2 El derecho de retracto que la ley del fuero restringia y limitaba al pariente de grado mas próximo de la familia, en términos que si este no queria retraer, ninguno de los demas parientes podia usar del retracto, lo estendió y amplió á todos los demas de la familia que se hallaban dentro del cuarto grado la presente ley, por lo que se debe considerar en parte confirmatoria de la del fuero, en cuanto dejaba intacto el derecho ó preferencia que la espresada ley del fuero daba al pariente mas inmediato; y en parte correctoria y ampliativa, en cuanto derogaba la esclusion que dicha ley del fuero hacia de los demas parientes para poder retraer en defecto de no usar del retracto el pariente de grado mas próximo. Pero esta ampliacion, en virtud de la cual admite la ley á los parientes de grado mas remoto al retracto, no es acumulativa y simultánea para que todos juntamente puedan retraer, sino gradual y sucesiva para que en defecto del mas próximo pueda usar del retracto el siguiente en grado.

3 Es escusado entrar en la discusion que traen los autores estrangeros, y algunos de los nacionales, acerca de si tendrá facultad el pariente mas remoto para estrechar al mas próximo á que manifieste antes de concluirse el término señalado de los nueve dias, si está ó no en ánimo de usar del retracto, porque no habiendo limitado la presente ley el término señalado por la del fuero al pariente mas inmediato, y disponiendo por otro lado que la facultad que concede de retraer al pariente mas remoto sea con la condicion de que dentro de los mismos nueve dias use del retracto, se infiere con la mayor claridad que el pariente de grado mas remoto no tiene facultad para precisar al de grado mas próximo á que haga la declaracion indicada, y que él mismo está obligado á habilitarse dentro de los nueve dias para retraer, cumpliendo con las diligencias prevenidas en la ley del fuero y del ordenamiento, y si pasado el término no retrae el pariente de grado mas próximo, se efectuará el retracto en el de grado mas remoto, y si por el contrario retrae el primero, no tendrán efecto alguno las diligencias practicadas por el segundo.

4 Conviene tener presente que siempre que dos parientes de igual grado vengan á usar del retracto dentro de los nueve dias, aunque uno haya llegado antes y otro despues, deben ser igualmente admitidos á retraer, lo que es en tanto grado cierto, que aunque uno de ellos haya ya usado del retracto deberá ser admitido el que viene despues, y dividirán la cosa por partes iguales. La razon de esto se funda en que el que llega despues viene en el término prescripto por la ley, por lo que no puede imputársele descuido ni morosidad, y de consiguiente no debe causarle perjuicio el no haber venido con la anticipacion que el otro. Palacios Ruvios es de esta opinion en la ley 73, número 4.º

5 Limita la ley la concesion ó estension que hace el derecho de retracto á los parientes de grado mas remoto á los que se hallan comprendidos dentro del cuarto grado de consanguinidad, por lo que podrá dudarse si la regulacion de estos grados se ha de hacer por la computacion civil ó canónica, y qué reglas se han de observar para hacerla.

6 Es constante que la computacion civil en las herencias rige y se observa hasta por el derecho canónico, y que en los contratos y demas actos semejantes cada computacion se observa en su respectivo fuero, como lo afirma el señor Covarrubias en la parte 2.ª *de matrimonio*, cap. 6.º, §. 6.º, número 8.º, y Gonzalez en el Comentario

al cap. 3.º *de consanguinitate et afinitate*, con que siendo la materia de retracto puramente civil y secular, como dimanada de las leyes reales, es claro que la regulacion de los grados se ha de hacer en ella por la computacion civil.

7 Dos son las líneas de los grados de consanguinidad; una recta que sube de los descendientes á los ascendientes, ó baja de estos á aquellos, y la otra transversal ó lateral que une las personas por medio de otra, ó por el lado, y puede ser igual, lo que se verifica cuando las personas de que se trata averiguar el parentesco estan en el mismo grado de distancia de la raiz, ó padre comun ó desigual, lo que sucede cuando una de las personas se halla en mayor ó menor distancia del padre comun.

8 Despues de haber espilcado el Emperador Justiniano en sus instituciones en el título *de gradibus cognationum* las dos líneas recta y transversal de consanguinidad, y especificado las personas que se comprendian en cada uno de los grados desde el primero hasta el sexto, pasa en el §. 7.º á formar la regla por donde deba venirse en conocimiento de los demas grados ulteriores al sexto, y establece por principio fijo é invariable, que cada generacion constituye un nuevo grado en cualquiera de las dos líneas recta ó transversal, que es decir, que cuantas son las personas engendradas, tantos son los grados que distan entre sí, por lo que con razon dice Vinnio en el Comentario al §. inicial de dicho título: numéra las generaciones y numerarás los grados; y en el Comentario al §. 7.º, despues de repetir lo mismo, añade que en cualquiera duda que ocurra se ha de atender á cuantas generaciones median entre las personas de quien se quiere saber el parentesco, y segun el número de generaciones que resulte, otros tantos son los grados que distan entre sí.

9 Nuestras leyes reales de partida no se han separado de las disposiciones de las civiles en este punto, como se convence de la ley 3.ª del tít. 6.º, partida 4.ª, la que hablando de la línea colateral dice que los hijos del que se llama raiz estan en segundo grado, segun fuero de los legos, y los nietos en cuarto, y los viznietos en sexto, y segun esta regla quiere que se numéren los demas. Despues pasa á referir la computacion canónica, asi en la línea recta como en la transversal, y nota la diferencia que media entre esta y la civil, y advierte por último que en la línea recta convienen y uniforman la computacion civil y la canónica.

10 Si en la computacion civil, en la línea transversal dos hermanos estan, segun la ley de partida, en segundo grado, sus hijos estan en cuarto, y sus nietos en sexto, es claro que otros tantos son los grados como las generaciones, porque en dos hermanos se verifican dos generaciones, cuatro en los hijos de estos y seis en los nietos.

11 En la declaracion que acompaña al árbol de consanguinidad que el Rey don Alonso puso en el tít. 6.º de la partida 4.ª, hablando de la computacion civil, se ponen tres reglas, sin duda con el fin de guardar semejanza con el número de tres que rigen en la computacion canónica, pues en realidad las tres de la computacion civil no se diferencian sino en las palabras, y convienen enteramente en la substancia. La primera es de la línea recta, y establece que cuantas son las personas quitada una, tantos son los grados entre ellas, que equivale á decir, tantos son los grados como las generaciones.

12 La segunda, que es de la línea colateral igual, ordena que cuantos grados uno dista del comun tronco, tantos doblados dista entre sí, que es lo mismo que decir, que tantos son los grados como las generaciones. La tercera, que es de la línea colateral desigual, dispone que cuantas son las personas quitado el tronco, tantos son los grados, lo que en realidad no es otra cosa sino repetir que cuantas son las generaciones, tantos son los grados, por lo que con razon áfirma el señor Covarrubias en el lugar citado arriba, número 7.º, que en la computacion de los grados por derecho civil rige una sola regla para todas las líneas, reducida á que tantos son los grados como las personas rebajada una, y lo mismo repite Cárlos Antonio de Luca en su tratado *de linea legali*, art. 30, numeros 4.º y 5.º, lo que corresponde á decir, que tantos son los grados como las generaciones, como cualquiera podrá comprobar por sí.

Ley LXXIV de Toro; es la 13, tít. 11, lib. 5.º de la Recopilacion.

Cuando concurren en sacar la cosa vendida por el tanto, el pariente mas propinco con el señor del directo dominio, ó con el superficiario, ó con el que tiene parte

en ella, porque era comun, prefiérase en el dicho retracto el señor del directo dominio y el superficiario, y el que tiene parte en ella al pariente mas propinco.

COMENTARIO

á la Ley 74 *de Toro.*

1 Dispone la presente ley que cuando concurriere á sacar la cosa vendida por el tanto, el pariente mas inmediato con el señor del directo dominio, ó con el superficiario, ó con el que tiene parte en ella, sean preferidos estos tres al pariente mas inmediato.

2 Comentando la presente ley Bartolomé de Albornoz en el libro 3.º del arte de los contratos, tít. 3.º del retracto, afirma que la han entendido tan mal los glosadores como todas las demas, y aunque su maestro Antonio Gomez dice que es dificil, y que nadie la esplicó tan sutilmente como él, teme que se engaña, y continúa diciendo que el engaño está en que hablando la ley disyuntivamente, ellos la entienden por números órdinales, y pasando á esplicar su sentido dice que la ley hace un estremo que es el pariente mas propincuo, y á este se refieren todos los demas estremos disyuntivamente entre sí, y copulativamente con él, y haciendo anatomía de la ley, asegura que su disposicion es que cuando concurriere á sacar la cosa por el tanto el señor del directo dominio con el pariente mas propincuo, prefiérase el señor del directo dominio al pariente, con lo que dice se acaba la cláusula y entra otra, á saber, si concurriere el superficiario con el pariente, prefiérase el superficiario, y se concluye la cláusula, y sigue la última, que es cuando concurre el aparcero de la cosa con el pariente, y es preferido el aparcero. Estas son tres proposiciones, segun dice, cada una de ellas copulativa, mas respecto de sí son tres disyuntivas. El engaño, pues, de los glosadores, prosigue, está en que las entendieron ordinalmente de esta manera, que cuando concurren á sacar una cosa por el tanto con el pariente mas propincuo, el señor del directo dominio, y el superficiario, y el aparcero se prefieran al pariente, y los unos á los otros entre sí por el órden de la letra, el directo prefiera al superficiario, y el superficiario al aparcero, y la ley no dice tal, ni le pasa por el pensamiento. Hasta aqui Albornoz.

3 Es constante y fuera de toda duda que la disposicion de la ley contiene tres proposiciones disyuntivas, haciendo estremo de ellas al pariente del vendedor de la cosa, respecto del señor del directo dominio, del superficiario y del comunero, como lo persuaden sus literales palabras, que dicen "que cuando concurran el pariente con el señor del directo dominio, ó con el superficiario, ó con el que tiene parte en ella," en cuyas palabras usa de la partícula disyuntiva *ó*, y no de la copulativa *y*, con lo que quiso manifestar que cualquiera de las tres personas qué espresa en concurrencia con el pariente debian ser preferidas á él, sin que estendiese su disposicion á la preferencia que habian de guardar entre sí, cuando todos concurriesen á un mismo tiempo á sacar la cosa vendida, y asi la esposicion de Albornoz es arreglada y conforme á la letra de la ley.

4 Resta ver la preferencia que tienen entre sí el señor del directo dominio, el superficiario y el comunero, en la suposicion que la disposicion de la ley no habla de este caso; y para la debida claridad se propondrá el ejemplo que ha de servir para decidir las dudas. Supóngase que un superficiario vende la cosa en que goza la superficie, y concurre á sacarla por el tanto el señor del directo dominio y el consocio superficiario, ¿cuál de los dos deberá tener la preferencia? En esta duda soy de parecer que la preferencia la debe tener el señor del dominio directo, y es la razon por qué al superficiario como al enfiteuta se le prohibe enagenar la cosa sin permiso del señor directo, bajo pena de nulidad, y aun tiene que esperar por término de dos meses á que se le conceda la licencia, con que es á todas luces claro que la venta hecha por el superficiario á favor de un consocio en la superficie es absolutamente nula, sino ha intervenido permiso del señor directo, y de consiguiente á este le compete la preferencia que propiamente debe llamarse de tanteo y no de retracto, pues la ley 3.ª, C. *de jure emphiteutico*, anula la venta, y asi no deja lugar al retracto, y la 29, título 8.º, partida 5.ª, habla generalmente sin ampliar ni restringir la disposicion de la ley civil; y aun requiere espresamente la ley que antes de ejecutar la venta el enfiteuta ó censuario avise al señor del directo dominio

por sí la quiere tomar por el tanto en el término de dos meses, de que se colige que antes de transcurrir este tiempo no tiene facultad para enagenarla: del mismo sentir es Antonio Gomez en el número 31 del Comentario á esta ley, y el P. Molina en la disputacion 371, número 5.º

5 Mayor dificultad ofrece el caso de que el señor del directo dominio venda la cosa, y concurra á retraerla un consocio del dominio directo con el superficiario de la misma cosa, en cuyo caso, aunque muy raro y nada comun, parece debe decirse que se ha de conceder la preferencia al superficiario, con esclusion del consocio del dominio directo, á causa de la mayor adhesion, simpatía y correlacion que tiene el dominio útil de unirse al directo, y viceversa el directo al útil, que no á otro de su mismo género, y es la razon por qué la separacion del dominio directo del útil divide las partes naturales de un todo, y siendo esta division violenta, por ser contra la naturaleza de la cosa que lleva consigo el que sus productos cedan en beneficio de su dueño, siempre apetece la reunion de sus partes para consolidarlas y constituir el dominio pleno y perfecto de la misma, que es el natural y verdadero, que consta esencialmente del dominio directo y útil, como constitutivos intrínsecos del pleno y absoluto. De este dictámen es el P. Molina en la disputacion 371, número 6.º, y tambien Gomez en el lugar citado.

6 Contra esta opinion se levanta Albornoz en el lugar ya referido, y pregunta en tono magistral y decisivo, ¿qué diremos del superficiario? Yo gustara (continúa) de poder servir al lector con declararla, mas estoy cierto de que ninguno de cuantos son ó han sido me darán razon de esta ley, ni aun los autores que la hicieron, cuanto mas (deberia decir cuanto menos) los glosadores, y afirmando que el superficiario tiene señorío útil no mas, por haber visto la rúbrica de superficies de los digestos tanto como el que mejor, vuelve á preguntar, ¿cómo daremos retracto al señor útil contra el directo que es señor de la propiedad? que es contra todo derecho civil y del reino, y contra la razon natural, porque el señorío útil obedece al directo, y el juicio de la propiedad absorve y consume el de la posesion; y desea se le diera un ejemplo en que esta ley se pudiera verificar, y en seguida propone varios ejemplos, que ó no son superficies, ó no quiere que lo sean contra lo que espresamente disponen las leyes; y por último concluye, en tono de triunfador, diciendo que es mas fácil hacer leyes que declararlas, como sucede en esta de la superficie, que tan superficiarios han sido los escritores de ella.

7 En esta esposicion de Albornoz se echa de ver su poca solidez, y la sutileza con que pretende impugnar una materia que él mismo confiesa que jamás ha entendido. Esto confirma el juicio que habia formado de Albornoz el doctor Ignacio Lopez Salcedo en el cap. 73 de su práctica criminal canónica, folio 241, donde gradúa á Albornoz de soñador, y á su arte de los contratos lo considera propio de un ingenio precipitado. Que el señorío útil obedezca al directo, y que el juicio de propiedad absorva y consuma el de la posesion, ¿impide acaso la correlacion y referencia que el dominio útil tiene con el directo, y viceversa el directo con el útil, por ser ambos partes esenciales del dominio pleno y absoluto? Si no la impide, como es preciso confesar, ¿á qué fin alegar unas razones que nada contribuyen al intento? El mismo Albornoz reconoce en el Comentario á esta ley, que el retracto que se da al comunero es por razon de la cosa para conservarla en union, á diferencia del de sangre, que se da por la persona, y es el mas flaco de todos, y por lo mismo cuando vende la cosa el señor del dominio directo tiene la preferencia el superficiario, con esclusion del pariente del vendedor, como espresamente lo dispone la ley y lo ha confesado Albornoz. Con que entre el señor directo y el superficiario se da retracto por razon de la cosa, esto es, por ser señores entrambos de partes de una misma cosa. Esto supuesto resta examinar si es mayor la correlacion que tienen dos comuneros del dominio directo entre sí, que la que guarda cada uno de ellos con el superficiario.

8 La correlacion de dos comuneros del dominio directo es de partes integrales únicamente de la propiedad ó nulo dominio, que se funda meramente en la union que tienen las partes entre sí antes de hacerse la division, y verificada esta no solo se pierde la union de las partes en que estriba la correlacion ó preferencia, sino que cada una de ellas se considera un todo separado con absoluta y total independencia de la otra; por el contrario la correlacion ó referencia

que media entre el dominio directo y útil, no se funda en impedir la division de las partes integrales de un todo, como sucede en la de los dominios directos, sino en destruir y hacer cesar la separacion que se halla entre las partes esenciales de un todo completo, y guarda una correlacion tan intrínseca y esencial entre sí, que no se pierde por la division, antes bien por ella se aviva y escita á exigir la reunion y consolidacion de dichas partes, que en el estado de division sufren una violencia contraria á su condicion y naturaleza. Quién, pues, no reconocerá que el retracto ó preferencia que se funda en reunir y consolidar las partes desmembradas de un todo es mas fuerte y eficaz que el que se dirige á conservar y mantener la union de las partes integrales de un todo, que separadas ninguna correlacion guardan entre sí.

9 Tan lejos está de ser repugnante á la naturaleza la preferencia que se da al señor del dominio útil contra el comunero del dominio directo, segun sienta Albornoz, que antes bien la misma naturaleza exige y pide esta preferencia por confesion del mismo, que en el título citado, folio 118, col. 3.ª, afirma y reconoce que el retracto se da para que lo desmembrado se consolide, y lo que naturalmente es uno y está de sí mismo apartado se junte, que es el fin de la naturaleza, procurar conservar la especie.

10 En el tercer caso de que habla la ley, que es del comunero, por lo que entiende el que es señor de dominio pleno y absoluto juntamente con otro, no puede tener lugar la concurrencia con el señor directo y superficiario, pues siendo el comunero señor del dominio pleno y absoluto de la cosa, implica que ninguno tenga en la misma el dominio directo ó útil.

11 La implicancia ó imposibilidad de concurrir al retracto el comunero con el señor del directo dominio ó con el superficiario, ofrece un convencimiento irrefragable de que la disposicion de la ley no se dirige á declarar la preferencia que debian tener entre sí el señor del directo dominio, el superficiario y el comunero, sino únicamente para el caso en que estos tres, ó alguno de ellos, concurriese con el pariente del vendedor á retraer la cosa, pues seria un manifiesto absurdo que la disposicion de la ley proveyese para un caso que no podia suceder.

12 La misma preferencia que se ha dicho tiene el superficiario para retraer en los casos que quedan especificados, se debe entender concedida al enfiteuta y feudatario, aun con mayor razon, á causa de que estos no solo tienen el dominio útil de la superficie, sino tambien del suelo, y el haber hecho espresion la ley únicamente del superficiario fue, segun el P. Molina en la disputacion ya citada, número 4.°, para denotar que cualquiera que tenga menor derecho que él en la cosa está escluido del retracto.

13 En el mismo lugar advierte este autor que lo que deja dicho se ha de entender del superficiario, enfiteuta y feudatario perpetuo, para escluir al usufructuario, que aunque tiene el dominio útil de la cosa, como el usufructo por la muerte del usufructuario se consolida con la propiedad, se reputa por menor derecho que el del superficiario, señor directo y comunero, á no ser (añade) que el usufructo sea tambien perpetuo, que entonces tendrá el usufructuario el derecho de retracto como señor del dominio útil.

14 En esta esposicion incurre el P. Molina en casi tantos errores como palabras. Quiere en primer lugar el que para que el superficiario, enfiteuta y feudatario tengan el dominio útil de la superficie, enfiteusis y feudo haya de haber sido la venta perpetua, lo que es absolutamente falso, pues el dominio útil de las referidas cosas se adquiere esencialmente en virtud del contrato por medio de la entrega, y no por el pacto de perpetuidad, asi como por la venta de cualquier cosa se adquiere el dominio de ella, interviniendo la tradicion, sin embargo de que se haya interpuesto el pacto de retroventa á cierto tiempo, ó á voluntad del vendedor, sin que dicho pacto impida la traslacion del dominio de la cosa vendida, limitando únicamente el tiempo de su duracion en el comprador. A esto se aumenta que ni la ley repetidas veces citada del C. *de jure emphiteutico*, que declara los derechos del señor directo y del enfiteuta, habla generalmente sin hacer distincion entre la enagenacion perpetua ó temporal, y en los mismos términos dispone la de partida, que copia casi á la letra su resolucion, y tampoco la presente ley de Toro indica la menor distincion en el asunto.

15 Tambien se engaña en afirmar que el usufructuario tiene el dominio útil de la cosa que usufructúa cuando el usufructo

es perpetuo, y que le compete el derecho de retracto, de forma que para que el usufructuario tenga el dominio util y el derecho de retracto exige por condicion necesaria que el usufructo sea perpetuo ó se haya dejado para siempre; pero ni el usufructo puede dejarse para siempre ó perpetuamente, ni jamás compete al usufructuario el dominio util en la cosa que usufructúa.

16 Si algun usufructo pudiera reputarse perpetuo, ninguno con mas razon que el que se deja á una república, ciudad ó Iglesia, y con todo se limita la duracion de este tiempo y período de cien años, como espresamente se halla declarado en la ley 26, tít. 31, partida 3.ª, fundando su disposicion en la convincente razon de que siendo perpétuo el usufructo se haria inutil y vano el dominio de la propiedad, y para evitar un inconveniente tan de bulto, se coartó el goce del usufructo á la época de cien años, como sabiamente lo persuaden el señor Covarrubias en el lib. 3.º de sus varias, capítulo 9.º, número 10, y el señor Castillo en el lib. 1.º, capít. 61, número 19 y siguientes.

17 Como con el fin de precaver el mismo inconveniente habia ya antes declarado el Emperador Justiniano en la ley 14, C. *de usufructu, et habitatione*, que el legádo de usufructuario que se dejaba al heredero del usufructuario se limitase y redujese al primer heredero, y que por muerte de este se estinguiese y consolidase con la propiedad y por los demas medios establecidos por derecho. Al mismo intento conspira la disposicion de Justiniano en el §. 1.º *de usufructu*, en las instituciones, donde en términos espresos dice, que á fin de precaver de que las propiedades quedasen inútiles separando de ellas para siempre el usufructo, se tuvo por conveniente que en ciertos casos se estinguiera el usufructo y se consolidase con la propiedad.

18 No es menos ilegal la otra suposicion del P. Molina de que el usufructuario es señor del dominio útil. Como para que este tenga el dominio útil de la cosa que usufructúa suponga el referido autor que ha de ser perpetuo el usufructo, quedando ya demostrado que el usufructo no se puede legar á perpetuidad, parecia escusado determe á manifestar que por el usufructo no adquiere el usufructuario el dominio útil de la cosa; pero sin embargo no debo omitir que la ley 25, ff. *de verb. sig.*, espresamente dice que el usufructo no es parte de dominio, sino de servidumbre, y aunque en la ley 4.ª, ff. *de usufructu*, diga el jurisconsulto Pablo que en muchos casos el usufructo es parte de dominio, y en alguna otra se repita lo mismo, queriéndolas conciliar el P. Molina en el número ya citado, dice que la espresada ley 4.ª se ha de entender que habla del dominio *non simpliciter*, sino *secundum quid*, con cuya distincion en la realidad escolástica, quiso dar á entender lo que comunmente dicen los jurisconsultos que el usufructo propiamente ni es ni puede decirse parte de dominio; pero en muchos casos tiene cierta especie y semejanza de él, porque se conceden al usufructuario muchas cosas que regularmente competen ó son propias del verdadero señor, como se puede ver entre otros en el señor Castillo en el lib. 1.º de sus controversias, cap. 32 en todo él, y en especial en el número 6.º Si, pues, el usufructuario no tiene el verdadero dominio útil, segun el P. Molina, sino una semejanza de él, mal podria concedérsele el derecho de retracto, conforme á los principios del mismo P. Molina, que como se ha visto afirma que el hacer espresion la ley de Toro del superficiario es para dar á entender que á ninguno que tenga menor dominio que él le corresponde el derecho de retracto.

19 No solo no compete al usufructuario el derecho activo de retracto para sacar la propiedad, caso que la intente vender el señor de ella, sino que ni aun puede tener lugar el pasivo respecto del usufructuario, y el activo para el señor de la propiedad, caso que el usufructuario quiera vender el derecho de usufructo.

20 Es un dogma legal en el derecho romano que el usufructuario no pueda ceder el derecho de usufructo sino al señor de la propiedad, y si lo cede á un estraño queda sin efecto la cesion, y nada adquiere el cesionario, como se establece en la ley 67, ff. *de jure dotium*, y en el §. 3.º *institutionum de usufructu*, pero suscitan la duda los comentadores si por la cesion del usufructo hecha á el estraño se consolida con la propiedad ó continúa en el usufructuario, y se dividen en sus opiniones, eligiendo unos la afirmativa y otros la contraria.

21 Tambien estan conformes las leyes civiles en que el usufructuario puede ena-

genar el usufructo, bien sea por venta ó por donacion; pero discordan los autores acerca de si la enagenacion se ha de entender del derecho de usufructo ó de la comodidad de él, como puede verse en el señor Castillo, cap. 69 del libro ya citado, donde latamente espone estas cuestiones, refiere sus fundamentos y manifiesta su resolucion; pero prescindiendo de entrar en el examen de ellas, que nada conduce al intento, es una verdad constante que por la ley 24, tít. 31, partida 3.ª, se puso término á estas dudas, y se resolvió que el usufructuario que enagenase á otro el derecho que tenia en la cosa dada en usufructo lo pierda y pase á consolidarse con la propiedad, y de alli en adelante ni lo tenga el usufructuario, ni aquel á cuyo favor lo enagenó, permitiéndole juntamente la ley que lo pueda arrendar á otro si quisiere. Estas son sus palabras: "otro si decimos, que si aquel á quien fuese otorgado el usufructo ó uso de la cosa, otorgase despues á otro alguno el derecho que él habia en ella, que se desata por ende el usufructo ó el uso, é tornase por ende al señor de la propiedad, é de alli adelante non lo debe haber, nin el otro á quien lo él otorgó. Cá como quier que este atal que ha el usofructo en la cosa, lo podria arrendar á otro si quisiese, con todo eso, el derecho que en ello habia, non lo puede enagenar." De la resolucion de esta ley de partida se infiere claramente que siempre que el usufructuario enagene el usufructo por venta, por donacion ú otro título capaz de transferir el dominio ó derecho de usufructo, lo pierde y pasa á consolidarse con la propiedad.

22 Como esta resolucion de la ley en las dudas indicadas es directamente opuesta á la opinion que sigue el señor Castillo, de que el usufructuario no pierde el usufructo por la cesion que hace al estraño, y que puede enagenarlo, bien sea por venta ó por donacion, imputa en el número 25 á los que formaron la ley de partida que se dejaron llevar del comun error y falsa inteligencia que se da á la citada ley 67, ff. *de jure dotium*, por no apartarse de la opinion del jurisconsulto Azon, como tiene de costumbre; pero si en nuestros legisladores no desconoce el señor Castillo la facultad de hacer leyes y de declarar las romanas, debia no haberse apartado en su opinion de la decision de esta ley real, sin intentar adivinar la causa que movió al legislador, que seguramente no fue la que sospecha, sino otra fundada en la equidad y justicia, en la parte que prohibe que se pueda vender el derecho de usufructo, pues habiendo de depender el goce de este de la vida del vendedor, como reconoce en términos espresos el mismo señor Castillo al número 17, no habia dato fijo para regular su verdadero valor y estimacion, por no saberse el tiempo que podria vivir el usufructuario vendedor, y por lo tanto para evitar los fraudes ó perjuicios que necesariamente habian de intervenir en la celebracion de este contrato justamente lo prohibió la ley.

23 Supuesta la prohibicion que hace la ley de partida al usufructuario de poder enagenar el derecho de usufructo, es mas que claro no puede tener lugar el caso de que el señor de la propiedad usase del derecho de retracto en la venta que se haga del usufructo.

24 Aun cuando por derecho civil era permitido al usufructuario vender el usufructo, no tenia el propietario facultad para usar del derecho de retracto, como se convence de la ley 67, ff. *de usufructu earum rerum*, en la que se dispone que el legatario de usufructo lo puede vender á cualquier estraño contra la voluntad del heredero.

25 Como el derecho de retracto es odioso, porque coarta la libertad natural que tienen los dueños de elegir comprador de las cosas que quieran vender, de aqui es que en ningun caso debe tener lugar sino en los que espresamente esten declarados por las leyes.

26 Por no espresarse en esta ley de Toro el tiempo en que el señor del directo dominio deberia usar del derecho de retracto contra el superficiario, se propone Gomez en el número 31 resolver esta duda, y para ello distingue dos casos, á saber, cuando el superficiario no paga pension alguna al señor del directo dominio, y el otro cuando tiene obligacion á satisfacerla. En el primer caso afirma que el señor del directo dominio debe usar del retracto dentro del término de nueve dias, y da por razon que no pagando pension el superficiario podia vender libremente la superficie sin sujetarse á la disposicion de la ley civil y real que se han citado. En el segundo caso pretende que antes de que el superficiario venda la superficie debia avisar al señor del directo dominio, por si queria comprarla y espe-

rar por dos meses su resolucion con arreglo á lo prevenido en las espresadas leyes. El P. Molina en el número 5.º de la disputacion citada es de la misma opinion, y comprende en ella al enfiteuta y feudatario.

27 Aunque á primera vista parece fundada la distincion de Gomez, si bien se reflexiona tiene mas de ingeniosa que de sólida y es contraria á derecho. Es constante que el contrato de superficie, no menos que el de enfiteusis, lleva por su esencia y naturaleza la prestacion de la pension al señor del directo dominio, segun lo afirman Donelo en el lib. 9.º, cap. 13 del Comentario del derecho civil, Antonio Perez en el título del C. *de jure emphiteutico*, número 24, y Vinnio en el §. 3.º de las instituciones *de locatione et conditione*, número 5.º, donde afirma que la prestacion de la pension ó canon es parte esencial del contrato enfitéutico, y lo mismo repite en el lib. 2.º de sus cuestiones selectas, cap. 3.º, con que mal podrá verificarse el caso que pretende Gomez y el P. Molina, de que el superficiario no pague pension ó canon al señor del directo dominio, porque en realidad se privaria al contrato de una de sus partes esenciales, y vendria á ser tan absurdo como pretender podia haber contrato de comprar sin que interviniese precio, ó de conduccion sin satisfacer pension. A esto se aumenta que en la fórmula que trae la ley 69, tít. 18, partida 3.ª, de la escritura de enfiteusis hace mencion de la pension.

28 Al parecer la causa que movió á Gomez para inventar la distincion referida no fue otra que la de conciliar las leyes citadas, que conceden dos meses de término al señor del directo dominio para retraer el fundo enfitéutico, con la del fuero, que solo concede nueve dias para usar del retracto, y con este fin supuso que hablaban de casos diferentes; pero se ha visto que por evitar un inconveniente, en la realidad aparente, pues ninguna implicancia habia en que el término señalado para el retracto de abolorio ó patrimonio no tuviese lugar en el de enfiteusis, incurrió en un absurdo manifiesto.

29 Si no era inconveniente el que sin embargo de la disposicion de la ley del fuero subsistiese la de Justiniano y de partida cuando el enfiteuta pagaba pension, ¿por qué lo habia de haber en el caso legalmente imposible de que estuviese esento de pagarla? A mas de que si el legislador hubiera querido uniformar el retracto de enfiteusis con el de patrimonio ó abolengo, espresamente lo hubiera dispuesto, como ejecutó con el de la cosa comun, ordenando que en este retracto se observasen los mismos requisitos y solemnidades que se mandan guardar por la ley del fuero y del ordenamiento.

30 Disputan los autores si tendrá lugar el retracto de sangre, segun nuestro derecho real, en una heredad de abolengo ó patrimonio que se dé en locacion ó enfiteusis por largo tiempo, ó concedida por censo ó por una pension perpetua. El señor Covarrubias examina esta duda en el libro 3.º, cap. 11, número 3.º de sus varias resoluciones, y es de opinion que no debe admitirse el retracto, fundándose en que por la locacion, enfiteusis ó censo perpetuo el dominio directo permanece en el que da la cosa, y de consiguiente no se verifica que salga de la familia, y el dominio útil aunque se enagena se vuelve á consolidar con el directo cuando se concluya el tiempo de la locacion ó enfiteusis; pero sin embargo reconoce que en el caso en que se haya pactado que se pueda redimir la pension bajo la cual se ha concedido la locacion, enfiteusis ó censo perpetuo, es mas justo y conforme á la ley real que el consanguineo que venga á intentar el retracto sujetándose á satisfacer la misma carga ó pension debe ser admitido, porque en realidad por la constitucion de enfiteusis se enagena el dominio útil, como lo espresa en la ley última, C. *de reb. alienis non alienandis.*

31 Segun esta decision del señor Covarrubias parece consiguiente que el derecho de retracto no tenga lugar hasta que se verifique que el censuario ha redimido la pension, que es cuando se transfiere en el censuario el dominio directo de la cosa. Gutierrez en el lib. 2.º de sus cuestiones civiles, en la 145 sostiene que en el caso propuesto no tiene lugar el retracto, pero las razones en que se funda no son de consideracion. Mas arreglada y conforme á nuestras leyes me parece la opinion de Albornoz, que en el tít. 3.º citado, de retracto, fol. 119, col. 2.ª, afirma que si la heredad de abolengo se da á censo enfitéutico la puede retraer el pariente, porque es enagenacion del dominio útil, y la misma razon hay de la ley á la parte que al todo,

y ciertamente seria una especie de deformidad é inconsecuencia, que concediéndose el retracto cuando se enagena el dominio pleno, se denegara cuando solo se comprende en la enagenacion una parte, pues tanto en un caso como en otro se verifica que lo enagenado sale de la familia, que es lo que se intenta impedir con el retracto. No se opone esto á que concluido el tiempo del enfiteusis, el dominio útil vuelva á consolidarse con el directo, pues esto no impide, antes bien convence que ha estado enagenado de la familia, y asi como nadie duda que en la venta de la heredad que se hace hasta cierto tiempo tiene lugar el derecho de retracto, aunque la venta sea temporal, por la misma razon debe tenerlo en el caso propuesto.

32 Por último, conviene tener presente la diferencia que media entre el retracto de sangre y el de comunion, y se reduce á que el pariente no puede retraer la heredad de abolengo ó patrimonio despues de haber salido de la familia por la venta hecha á un estraño, y el sócio ó comunero puede retraer la heredad comun enagenada aun despues de haber mediado muchas enagenaciones, como lo nota Palacios Ruvios en la ley 75 de Toro, número 4.º

33 La razon de esta diferencia proviene de que verificada la venta de la heredad de abolengo ó patrimonio á un estraño, sin haberla reclamado el pariente en el término de la ley, se consuma la venta y sale del dominio de la familia del vendedor, y pasa á la del comprador, y de consiguiente como perdió ya la cualidad de patrimonial ó abolenga en virtud de la primera venta, no la puede retraer el pariente del primer vendedor, aunque la vuelva á vender el comprador. Lo contrario sucede en la venta de la cosa comun, pues como no se pierde por ella la cualidad de comun, por mas que se repitan las enagenaciones, siempre conserva el comunero el derecho de retracto ó preferencia respecto de cualquier estraño. En suma el derecho de retracto de sangre se da en la cosa por razon de la persona, y el de comunion se concede á la persona por razon de la cosa.

34 Alusivo á este principio dice Albornoz al fol. 119 del título citado, col. 4.ª, que el retracto de comunion se funda en la cosa para conservarla en union, y no en la persona, como el del pariente que se funda en la sangre. Si en lugar de decir para conservarla en union dijera para impedir que se divida en mayor número de partes, hablaria con mas propiedad.

35 A mas de la preferencia ó derecho de retracto de que habla la presente ley en favor del señor del directo dominio, del superficiario, del comunero y del pariente del vendedor, hay tambien otro retracto llamado convencional, porque dimana de los pactos que intervienen entre el vendedor y comprador, como entre otros lo reconoce Heineccio en las pandectas, lib. 18, tít. 5.º, §. 299, y tiene lugar cuando el vendedor pacta con el comprador que siempre que quiera vender la cosa haya de ser preferido el que se la vendió, de cuyo pacto habla la ley 75, ff. *de contr. empt.* Tambien suele pactarse, que cuando quiera el vendedor ó sus herederos señalando cierto término volver el precio que recibió por la cosa, esté obligado el comprador á vendérsela, acerca de lo cual dispone la ley 2.ª, C. *de pactis inter emptorem et venditorem*, y se dice convencional este retracto para diferenciarlo del legítimo ó legal que proviene de la ley.

36 Entre nosotros se conoce un derecho de retracto, que aunque en su orígen fue convencional despues ha pasado á ser legal, cual es el que se concede á las ciudades, villas y lugares para retraer los oficios públicos de gobierno enagenados por la corona de cualquier poseedor sin limitacion de tiempo, siendo los oficios de los aumentados desde cierta época, ó no llegando los pueblos al número de vecinos que se señala, como consta de todo el tít. 3.º, lib. 7.º de la Recopilacion, y en especial de las leyes 25 y 26; habiéndose concedido este derecho á los pueblos en virtud de las condiciones de millones, que son otros tantos contratos onerosos entre el Rey y el reino.

37 Otro derecho de retracto se pretende compete tambien á los pueblos, que mas se ha de considerar consuetudinario ó convencional que legal, y es el que se les concede para retractar por el tanto las ventas que el Soberano hace de las jurisdicciones de los mismos; sobre cuyo punto escribió el señor Larrea la alegacion 45, mas cargada de citas y autoridades que de razones congruentes. En ella intenta probar á semejanza del retracto que se da á los pueblos para los oficios públicos de gobierno, el de la jurisdiccion, y aunque se hace car-

go en el número 21, que las condiciones de millones no hacen mencion del tanteo de jurisdicciones, dice que militando la misma razon en estas que la que hubo para conceder á los pueblos el retracto de los oficios públicos de gobierno debe tambien entenderse concedido el de las jurisdicciones, pero no reflexiona que siendo las condiciones de millones unos verdaderos contratos onerosos entre el Rey y el reino, no puede tenerse por comprendido en ellos lo que no se espresó.

38 No son mas felices los conatos del mismo autor para fijar y señalar el término en que se ha de usar del retracto, pues los ejemplos de que se vale destruyen lo que intenta probar: en la venta de veinte mil vasallos que en las córtes de 1617 se concedió al Rey que pudiese enagenar, no espresa el tiempo en que se debia verificar el retracto, y en la de las jurisdicciones llamadas de tolerancia, que se ejecutó, al parecer, en tiempo que el mismo señor Larrea era fiscal del Consejo de Hacienda, afirma en el número 12 se hizo saber á los pueblos que si dentro de cuarenta dias no acudian á usar del retracto no se les admitiria. ¿Quién no ve que este no era un retracto legal sino convencional, que se pactó en este caso como pudiera hacerse en otra venta de cualquier cosa?

39 Haciéndose cargo en el número 17 de que por las leyes de la Recopilacion se señalaban nueve dias para el retracto de sangre, dice que habiéndose omitido por nuestras leyes el señalamiento de término para el retracto de jurisdiccion, debe este caso regularse por el derecho comun, el que dispone que el derecho de retracto no se prescriba sino por el transcurso de treinta años. En apoyo de una opinion tan estraña cita un cúmulo grande de autores, y ninguna ley civil de los romanos, que es el derecho comun, ni era fácil, pues este derecho prohibe y detesta el retracto como opuesto y destructivo de la libertad natural, segun se echa de ver en la ley 14, C. *de contr. empt.*, y á continuacion, poco satisfecho, al parecer, se inclina á que el término para el retracto se ha de regular por arbitrio del juez, el cual dice es por lo comun de cuatro meses en dictámen de Bobadilla en el lib. 2.º, cap. 16, número 13 de su política, quien cita á Montalvo, Gregorio Lopez, Covarrubias y Diego Perez; pero estan tan distantes estos cuatro autores españoles de decir lo que se les atribuye, que Montalvo y Diego Perez solo estienden el retracto al término de nueve dias; Covarrubias nada espresa en el particular, y Gregorio Lopez no solo duda, sino que es de parecer que no se debe admitir el tanteo ó retracto.

40 No se limita á esto la variedad é inconstancia con que habla dicho autor acerca de fijar el término del retracto, pues en el número 20 asegura que por las condiciones de millones se concede á los pueblos que se venden el derecho de retracto sin limitacion de tiempo, de que infiere que podrá durar perpetuamente, y á renglon seguido dice que no se ha de limitar sino á diez ó veinte años, con lo que manifiesta que en su concepto no halla repugnancia en que un derecho dure perpetuamente, y esté limitada su duracion á diez ó veinte años.

41 Haciéndose cargo en el número 21 de que en las condiciones de millones no se habla de las ventas de jurisdicciones, sino de los oficios públicos de gobierno, infiere que lo dispuesto en las de estos se debe observar en las de aquellas, lo que ya queda impugnado arriba; pero se olvida de que ya habia dicho antes en el número 12 que en las condiciones de millones claramente se establece el retracto á favor de los pueblos en las ventas de jurisdicciones, y cita en comprobacion las condiciones 23 y 24 del quinto género, que nada dicen en el particular, y lo mismo volvió á repetir en el número 20, como se ha visto, y á pesar de esto confiesa clara y paladinamente en el número 21 que las condiciones de millones no hablan de las ventas de jurisdicciones. Baste ya de notar defectos en la alegacion 45 que habla y se contrae al retracto de jurisdiccion, aunque no son los únicos que en ella se encuentran.

42 Posteriormente por real cédula de 10 de Marzo de 1778, suponiéndose en ella que á los pueblos competia el derecho de tanteo en las ventas de jurisdicciones que hacia la corona, se declaró que el conocimiento de estas causas correspondia al Consejo Real de Castilla, y últimamente por real cédula de 12 de Febrero de 1803 se cometieron y radicaron en el supremo Consejo de Hacienda los negocios de tanteo de jurisdicciones, señoríos y derechos anejos, y los de tanteo y consuncion de oficios enagenados de la corona, cuya cédula se

halla inserta en la ley 16, tít. 10, lib. 6.º de la Novísima Recopilacion.

43 Corresponde hacer aquí tambien mencion de otra especie de retracto, que se observa entre nosotros conocido con el nombre de incorporacion á la corona, en virtud del cual esta tiene derecho de recomprar ó retraetar los bienes raices, jurisdicciones y rentas que hayan salido de ella por título de venta, de cualquier poseedor en que se hallen sin limitacion de tiempo. Este derecho ó facultad de incorporar á la corona los bienes que han salido de ella mas bien se funda en práctica y costumbre que en alguna ley escrita, por lo menos hasta el año de 1732, pues aunque es cierto que por la ley 1.ª, tít. 18, partida 2.ª, se dispone que "segun fuero antiguo de España cuando alguno á quien el Rey hubiese dado castillo por heredamiento lo quisiese vender ó cambiar, lo debe primeramente hacer saber al Rey, pues queriendo dar tanto por él en haber ó en cambio, como otro en la tierra diese, debe ser preferido." Esta ley limita su disposicion á los castillos para el caso en que traten de enagenarlos sus dueños, y en realidad por ella solo se le concede al Rey la preferencia ó tanteo al tiempo de la venta, y no el retracto para sacarla del comprador despues de vendida.

44 Es tan singular en nuestros códigos legales la decision de esta ley, que Gregorio Lopez en la nota 7.ª á la misma advierte su particularidad y confiesa ignora si tiene semejante. No es menos de admirar la moderacion y equidad con que procede dicha ley en no precisar al poseedor á que venda el castillo contra su voluntad, sino que deja á su arbitrio el venderlo ó permutarlo, y para solo estos casos da al Rey la preferencia por el tanto á fin de reintegrarse de una finca que habia salido de la corona.

45 He dicho que por lo menos hasta el año de 1732 no habia una ley positiva escrita que estableciese la incorporacion á la corona de los bienes que habian salido de ella por título oneroso de venta, pero en el espresado año se espidió una real órden por el señor don Felipe V, en que se disponia que por la Contaduría general de Distribucion se procediese al desempeño de todas las alcabalas, tercias, servicio ordinario, y cuatro medios por ciento del reino, que se hallaren enagenadas del real patrimonio por títulos de ventas perpetuas, y al quitar, pagándose á los dueños las mismas cantidades que dieron en sus primitivas compras, cuya real órden se insertó en el auto 8.º, tit. 15, lib. 5.º de la Recopilacion, debiéndose notar que en ella nada se dispone acerca de las incorporaciones de jurisdicciones de los pueblos, ni de fincas ó territorios que hayan salido de la corona; pero por la real cédula arriba citada de 1778 se supone tambien el derecho que tiene la corona de retraer los efectos vendidos para incorporarlos en el real patrimonio devolviendo el precio, y se declara que el conocimiento de estas causas es propio y privativo del real Consejo de Hacienda, lo que se confirmó por la real cédula que se ha citado de 12 de Febrero de 1803.

46 En el reinado del señor don Cárlos III se formó espediente á fin de establecer una ley que declarase las varias dudas que ocurrian en los juicios de incorporacion, y señalase los bienes que deberian estar sujetos á ella, y habiéndose consultado á S. M. por el Consejo de Castilla la ley que estimó conveniente en 1777, no bajó resolucion alguna en el asunto. Posteriormente por los años de 805 ú 806 se volvió á renovar dicho espediente, y en 807 hizo el Consejo nueva consulta á S. M., que tampoco ha tenido resolucion.

47 Tiene el real fisco otro derecho que aunque no es de retracto ó retroventa, por guardar alguna analogía con él mismo me ha parecido hacer alguna mencion de él en este lugar, y es el que se conoce entre nosotros con el nombre peculiar de reversion á la corona, cuyo objeto es reintegrar á esta de los bienes donados por el Rey don Enrique II en el caso de que el último poseedor muera sin dejar sucesion legítima, segun se halla dispuesto en la ley 11, tít. 7.º, lib. 5.º de la Recopilacion, y en el auto acordado 7.º del mismo título, que es una declaracion de la espresada ley. Se llama este derecho reversion á la corona, como para denotar que los mismos bienes donados por sí y sin interpelacion se vuelven á la corona de donde habian salido, en el caso que falte la línea recta de los poseedores, ó lo que equivale á lo mismo, que el último poseedor muera sin dejar sucesion legítima. En 27 de Febrero de 1803 se espidió una real cédula que prescribe el órden y forma con que debe procederse en estos juicios de reversion. Don Cristobal de

Paz en el capít. 57 de su tratado 2.º de *tenuta*, habla sabia y difusamente de las donaciones del Rey don Enrique II, y tambien el señor Castillo en el capít. 89 del libro 5.º de sus controversias.

Ley LXXV de Toro; es la 14, tít. 11, lib. 5.º de la Recopilacion.

Si alguno vendiere la parte de alguna heredad, que tiene comun con otro, en caso que segun la ley de la partida la pudiera el comunero sacar por el tanto, sea obligado el que la quisiere sacar á consignar el precio en el tiempo é término é con las diligencias é solemnidades, de la manera que la pudiera sacar el pariente mas propinco, cuando fuera de su patrimonio é abolengo, de suerte que lo contenido en la dicha ley del fuero é ordenamiento de Nieva y en estas nuestras leyes aya lugar é se platique en caso que el comunero quiere sacar la cosa vendida por el tanto.

COMENTARIO

á la ley 75 de Toro.

1 Dispone la presente ley que cuando alguno vendiere la parte de heredad que tiene comun con otro, en el caso que el comunero la pueda sacar por el tanto segun lo dispuesto por la ley de partida, esté obligado á consignar el precio en el término señalado por la ley del fuero y ordenamiento de Nieva, y á practicar las demas diligencias y solemnidades que se hallan prescriptas, para cuando el pariente mas propincuo ha de sacar la cosa de patrimonio ó abolengo, de forma que lo dispuesto en dicha ley del fuero y ordenamiento y en las presentes leyes de Toro se observe y ejecute cuando el comunero haya de sacar la cosa por el tanto.

2 La ley de partida á que se refiere es la 55, tít. 5.º, partida 5.ª, que dice asi: "dos omes ó mas, habiendo alguna cosa comunalmente de so uno, decimos, que cualquier de ellos puede vender la su parte maguer la cosa non sea partida. E puede la vender á cualquier de los que han en ella parte ó á otro estraño. Pero si alguno de los que han parte en la cosa, quisiesen dar tanto por ella como el estraño, ese la debe haber ante que el estraño. E la vendida del estraño, se debe entender que puede ser fecha ante que sean entrados en pleito de la parte. Cá si el pleito fuere ya comenzado en juicio para partirla, entonce no la podria vender al estraño fasta que fuese partida, fueras ende con otorgamiento de los otros compañeros."

3 Como la presente ley de Toro en parte confirma y aprueba la disposicion de la ley de partida, y en parte la amplía y estiende, y señala las solemnidades que han de intervenir en ella, conviene para mayor claridad examinar la disposicion de dicha ley de partida para notar y conocer mejor la alteracion que ha tenido por la de Toro.

4 Debe suponerse que por derecho comun era permitido al socio enagenar y vender una parte de la cosa comun á cualquier estraño, como lo declara la ley 3.ª, C. *de communi*, y por la 1.ª, C. *communi divid.*, se ordena que si un socio enagena la parte que tenia en la cosa comun no tenga el consocio accion ó derecho para revocar la venta que de ella se habia hecho. Supuesto este antecedente, y tambien de que predio ó cosa comun se entiende aquella que *pro indiviso* se posee ó tiene con otro, segun la ley 5.ª, §. último, ff. *de rebus eorum qui &c.*, se viene en conocimiento que la ley de partida, aunque tuvo presente la espresada ley 1.ª, C. *de communi dividendo*, como observa Gregorio Lopez en la glosa última de dicha ley, se apartó de su resolucion y concedió al consocio de la cosa comun derecho para que en caso de que el socio enagenase la parte que le correspondia en la cosa fuese preferido por el tanto á cualquier estraño que no tuviese la cualidad de consocio.

5 De esta disposicion de la ley de partida resalta á primera vista la duda de si el derecho que por la misma se concede al consocio ó comunero respecto del estraño en la venta de la cosa comun es meramente de prelacion para ser preferido al tiempo de la venta, ó de retracto para poder sacarla despues de verificada la venta.

6 Gomez al fin del número 26 se propone esta duda, y opina que por la ley de partida solo se le concedió al comunero el derecho de preferencia, acudiendo á usar de él al tiempo de la celebracion del contracto; pero no para sacar la cosa despues de perfeccionada la venta, y del mismo sentir es el P. Molina en la disputacion 371, número 2.º, cuya opinion la tengo por mas fundada y conforme á la letra de la ley,

que espresamente dice: "si alguno de los que tienen parte en la cosa quisieren dar tanto por ella como el estraño, ese la debe haber antes que el estraño." Por estas palabras se viene en conocimiento de que la autoridad que por la ley se concede al comunero respecto del estraño es anterioridad de tiempo, pues si ya hubiera comprado el estraño la cosa cuando la pedia el comunero, mal podria verificarse la mente y letra de la ley, que quiere que el comunero tengo la cosa antes que el estraño.

7 A esto se aumenta que si la ley hubiera querido dar derecho al comunero para sacar la cosa despues de vendida al estraño deberia haber fijado y señalado el tiempo en que habia de usar de su derecho, pues no era justo quedase indefinidamente y á la voluntad del comunero el hacer uso de él por los perjuicios que de esto podian originarse. Tambien favorece á esta congetura el constar que por derecho civil era desconocido el retracto, y no la preferencia que en algunos casos se da á cierta clase de personas, como se ha manifestado en el Comentario á la ley 70, y las leyes de partida por lo comun, ó han seguido las disposiciones del derecho civil, ó se han separado de ellas lo menos posible.

8 La ley de Toro confirmó y aprobó la disposicion de la de partida que daba el mero derecho de tanteo ó preferencia al comunero respecto del estraño, y aun lo estendió á que pudiese usar del retracto, como despues diré, y el que concede lo que es mas, se entiende que da lo que es menos en el mismo género.

9 Como la ley de partida usa en su disposicion de la palabra *cosa*, duda Gregorio Lopez en la glosa 1.ª, y tambien Gutierrez en la cuestion 165, si dicha disposicion deberá tener lugar, tanto en las cosas muebles y semovientes, como en las raices, y afirman que sí, fundados en la palabra *cosa*, que es general y todo lo comprende, como se convence de la ley 1.ª, ff. *de rebus creditis*, y de la 23, ff. *de verborum significatione*, y aunque reconocen que por la presente ley de Toro y otras reales solo se concede el retracto en los bienes raices, y que jamás vieron que se moviese pleito de retracto sobre la venta de alguna cosa mueble, sin embargo tienen por mas arreglada á derecho la opinion afirmativa, asi por la generalidad con que habla la ley de partida, como por la diversidad de razon que milita en el retracto de sangre que solo se da en los bienes raices y en el de comunion.

10 Albornoz en el lib. 3.º, tít. 3.º de su arte de los contratos, fol. 120 vuelto, col. 4.ª, es de la misma opinion que Gregorio Lopez, y se funda en que la ley de partida dice *cosa*, y no heredad; pero no repara que la de Toro, que es posterior, hablando del retracto del comunero usa de la palabra heredad, de que debia inferir que la ley de Toro corregia en este punto á la de partida.

11 Para disipar la presente duda y conocer la equivocacion con que proceden los citados autores en su resolucion conviene tener presente lo que se ha dicho en la duda anterior, en que se manifestó que la disposicion de la ley de partida no daba derecho de retracto al comunero respecto del estraño, sino meramente la preferencia por el tanto al tiempo de la venta, y de consiguiente es absolutamente impertinente y fuera de propósito poner en cuestion si el derecho de retracto que daba la ley de partida debia tener lugar, tanto en los bienes muebles como en los raices, segun aquel principio filosófico que un ente que no existe no tiene ningunas cualidades.

12 Por la presente ley de Toro se concedió el retracto al comunero respecto del estraño en la venta de la parte de la cosa comun, como se convence de las palabras de dicha ley, que son las siguientes. "En caso que, segun la ley de partida, la pudiere el comunero sacar, por el tanto sea obligado el que la quisiere sacar á consignar el precio en el tiempo y término y con diligencias y solemnidades, y de la manera que la pudiera sacar el pariente mas propinco cuando fuera de su patrimonio y abolengo." Por cuyas palabras se ve señala la presente ley el mismo tiempo y término al comunero que el que se le concede al pariente mas propinco para sacar la cosa de patrimonio ó abolengo; es asi que este término es el de nueve dias de verificada la venta, como espresamente se ordena en la ley del fuero y posteriores, con que es á todas luces claro que por la presente ley de Toro se concedió al comunero el retraer y sacar la parte de la cosa comun despues de vendida á un estraño, y á mayor abundamiento concluye la ley diciendo, que lo contenido en la del fuero y ordenamiento de Nieva y leyes posteriores se observe en el caso que el comunero quiera sacar la cosa

vendida por el tanto, por cuyas últimas palabras declara que aunque la cosa esté ya vendida se puede sacar del comprador.

13 Supuesto este antecedente, la duda que suscitó Gregorio Lopez para que tuviera alguna apariencia de fundada la debia haber puesto preguntando si el retracto, que por la ley de Toro se habia concedido al comunero debia tener lugar, tanto en los bienes muebles como en los raices, y en la misma hubiera hallado el testimonio mas terminante que podia desear para su resolucion.

14 En dicha ley se propone el caso sobre que recae su decision, y se dice: "si alguno vendiere la parte de alguna heredad que tiene comun con otro &c.;" por cuyas palabras se manifiesta de un modo incuestionable que los bienes de que habla la espresada ley son raices y no muebles, pues la palabra heredad de que usa comprende única y precisamente los bienes raices, como se convence de la ley 7.ª y 8.ª del presente título, y de la unánime opinion de sus comentadores.

15 Hablando el P. Molina de la opinion de Gregorio Lopez y Gomez, juiciosamente dice en el número 2.º de la disputacion 371, que las leyes de Toro que conceden el retracto hablan únicamente de los bienes raices, y no estienden la disposicion de la ley de partida al retracto, que á semejanza del de sangre se concede al comunero, por lo que es de parecer que las cosas muebles y en los derechos de acciones y servidumbres solo se debe admitir el derecho de prelacion para que al tiempo de la venta el comunero sea preferido al estraño por el mismo precio, segun la disposicion de la ley de partida; pero no un verdadero retracto para sacar la cosa despues de hallarse perfecta la venta en las espresadas cosas muebles. En esta parte, como indiqué arriba, la disposicion de la ley de Toro es estensiva, porque concede un verdadero derecho de retracto, aunque con la limitacion de que solo tenga lugar en los bienes raices cuando la de partida se reduce y coarta al mero derecho de preferencia.

16 Resta ver ahora la razon ó fundamento que movió á la ley de partida para introducir un derecho desconocido en las leyes romanas, y conceder al comunero al tiempo de la venta de la parte de la cosa comun la preferencia por el tanto, respecto de cualquier estraño, porque el mismo fundamento sin duda ha tenido la ley de Toro para concederle el retracto en los términos que se ha indicado.

17 Es constante que los comuneros ó dueños de una cosa comun tienen el dominio de toda ella, no *in solidum* cada uno, sino *pro indiviso*, *pro parte*, como lo espresa el jurisconsulto Ulpiano en la ley 5.ª, §. 15, ff. *commodati*, pues como está por dividir la cosa no se sabe si la parte que á cada uno ha de tocar estará en uno de los estremos ó al medio; y de consiguiente todos los comuneros juntos son dueños de toda la cosa; pero cada uno en particular solo es de una parte *pro indiviso*.

18 Las cosas comunes unas son indivisibles por su naturaleza, y otras por su destino, como se ve en un esclavo, ó un caballo, en un horno, molino ó navío, y otras hay que cómodamente pueden recibir division, como un campo, ó un edificio dilatado, sin perder por eso el fin de su destino.

19 Aunque en las cosas comunes tienen entre sí la diferencia que queda indicada, todos convienen en que uno de los dueños ó comuneros no puede disponer de ellas con entera libertad antes de hacerse la division, pues ni al horno, molino ó navío le podria dar otro destino contra la voluntad de los demas comuneros, ni en el campo levantar edificio, ni la casa convertirla en campo, y mucho menos podria disponer libremente del esclavo ó caballo. Tambien se ha de suponer que así como las cosas animadas aman su existencia, y resisten su destruccion, las inanimadas se presume que apetecen conservar su integridad, y repugnan la division y separacion de sus partes.

20 Deseando pues la ley de partida remover ó por lo menos disminuir el estorbo que cada uno de los comuneros tenia de disponer libremente de la cosa comun, y queriendo por otra parte mantener y conservar la integridad de la misma, ó disminuir el número de partes en que se habia de dividir, ordenó y dispuso que siempre que el comunero intentase vender la parte que tenía en la cosa comun fuese preferido el consocio en la compra de ella á cualquier estraño, por cuyo medio la cosa que era comun, ó dejaba de serlo si solo eran dos los comuneros reuniéndose integramente en uno solo, ó se reducia y dis-

minuía el número de sus partes por minorarse el de los comuneros.

21 De lo dicho se viene en conocimiento de que el retracto de comunion se funda y concede mas bien en favor de la cosa que de la persona, á diferencia de lo que sucede en el de sangre, que se da mas en favor de la persona que de la cosa. Esta diversidad hace que entre ambos retractos se note alguna diferencia en varios casos, que al parecer debian resolverse por una misma regla; por lo que será bien dar alguna nocion de ellos.

22 En el retracto de sangre el pariente de grado mas próximo escluye al de grado mas remoto, y en el de comunion el que es señor de la mayor parte de la cosa comun no escluye al de menor; por lo que en caso de que ambos concurran al tiempo señalado á retraer del estraño lo que compró deben ser admitidos, aunque con la particularidad de que no harán el retracto por mitad ó por partes iguales, sino á prorata de la parte que cada uno tiene en la cosa comun, como entre nuestros comentadores lo advierte Matienzo en la ley 13 de dicho título, glosa 3.ª, número 8.º, sin dar la razon de esta diferencia, la que dimana del fundamento que se ha dicho arriba tuvo la ley de partida para su decision, esto es, el haber concedido el retracto de comunion mas en favor de la cosa que de la persona, por lo que siempre que una parte de la cosa comun, por mínima que sea, se halle en un poseedor, lo constituye comunero y lo habilita para retraer del estraño, y por la misma razon de concederse el retracto á la cosa se retrae á proporcion de la parte del comunero, como si la cosa misma usara del retracto y no la persona.

23 Lo contrario sucede en el retracto de sangre por la razon inversa de concederse á la persona, pues como esta concesion es en favor del pariente mas próximo respectivamente queda escluido el de grado mas remoto, y cuando concurren dos en igual grado la division se hace de por mitad por ser en ambos igual la cualidad de parentesco.

24 En el retracto de sangre, cuando la heredad de patrimonio ó abolengo se vende á un pariente ó á un estraño deja de ser retractable si se vuelve á vender por el comprador, y es la razon porque en el primer caso no la adquirió por título de herencia, sino de compra, y en el segundo por haberse verificado que salió de la familia, como se ha dicho arriba en las resoluciones de las dudas del Comentario de la ley 70. Lo contrario sucede en el retracto de comunion, pues por mas veces que se venda una parte de la cosa comun, siempre permanece retractable, y es la razon porque como conserva la cualidad de cosa comun, á cualquier poseedor que pase lo constituye comunero, como sábiamente observó Palacios Ruvios en el Comentario á esta ley, número 3.º, y de consiguiente siempre que se vuelva á vender aquella parte de la cosa comun tienen derecho de retraerla los otros comuneros. Esto es una comprobacion de lo que dejo dicho, que la cosa constituye á su poseedor comunero, y lo denomina tal cuando en el retracto de sangre la persona constituye á la cosa patrimonial ó de abolengo, y le da la denominacion de tal, la que pierde en el momento que sale de la persona que se le daba.

25 Para mayor esplicacion de la presente ley me haré cargo podrá decirse que ya la 74 habia concedido al comunero el derecho de retracto, como lo espresan sus palabras cuando hablando de la concurrencia del pariente á sacar la cosa por el tanto con el señor del directo dominio, con el superficiario y con el que tiene parte en ella, dice: que se prefiera en dicho retracto el señor del directo dominio y el superficiario y el que tiene parte en ella al pariente mas propinco; con que es claro que ya se dió el derecho de retracto al comunero por la espresada ley, por lo que puede parecer ociosa la disposicion de la presente.

26 En satisfaccion de esta ocurrencia ó escrupulo debe decirse que real y verdaderamente la ley 74 declaró el derecho de retracto á favor del comunero, como lo manifiestan sus palabras; pero como no espresó las cosas en que se lo daba ni las solemnidades con que habia de usar de él, fue preciso formar una nueva ley que declarase las particularidades indicadas, lo que hizo la presente señalando los bienes raices para el retracto, y prescribiendo las mismas solemnidades que se prevenian en la ley del fuero y ordenamiento de Nieva.

27 Acaso se podrá decir contra esto que si fuera cierta la causa que se indica, la misma deberia obrar para que se hu-

biera formado otra ley que fijase y determinase las solemnidades que debian intervenir en el retracto del señor del directo dominio y del superficiario, lo que no vemos se haya ejecutado.

28 Para desvanecer esta réplica basta decir que el derecho que compete al señor del directo dominio, y el que por la ley anterior se concede al superficiario, única y precisamente se dirige á bienes raices y no muebles, con que era ociosa cualquiera declaracion en este punto. Por lo que hace á las otras solemnidades prescriptas en la ley del fuero y ordenamiento, cuales son el haber de dar otro tanto precio, señalamiento del término de nueve dias, y prestacion del juramento, ya estaban prevenidas las dos primeras en la ley 29, tít. 8.º, partida 5.ª, donde se le concede al señor del directo dominio que pueda tomar por el tanto que otro la cosa enfitéutica, y le señala dos meses de término para usar de dicha facultad, cuyo término no creyeron los autores de las leyes de Toro que debia alterarse, cuando no dispusieron cosa en contrario, sin duda por no innovar las condiciones establecidas por derecho en el contrato enfitéutico, y por lo que hace á la prestacion del juramento no correspondia en el señor del directo dominio, ya porque cesaba en él la sospecha de fraude que se tenia en el retracto de sangre, y porque en realidad era coartarle la facultad de que pudiera volver á dar la misma finca en enfiteusis.

29 En cuanto al retracto que por la ley 74 se concedió al superficiario, tampoco era necesario nueva ley que fijase las solemnidades que le habian de acompañar, porque bien se le considere con respecto al señor del directo dominio ú a otro superficiario que tenia parte en la misma superficie, se verificaba que era verdadero comunero con cualquiera de los dos en una misma cosa, en cuyo concepto estaba comprendido en la declaracion de la presente ley.

30 Como la ley de Toro hace referencia á la de partida diciendo: "que en caso que segun la ley de partida pudiera el comunero sacar por el tanto la cosa sea obligado el que la quisiere sacar á consignar &c.", que es decir que en los casos en que la ley de partida concede el derecho de preferencia al comunero en la venta de la cosa comun, en los mismos pueda hacer uso del retracto, conviene tener presente los términos en que está concebida la disposicion de la mencionada ley de partida, la que es general para todos los casos en que se trate de hacer la venta á un estraño, esceptuando únicamente el caso que se haya ya dado principio al juicio divisorio de la cosa comun, que entonces para que pueda verificarce la venta ha de intervenir el consentimiento de los otros comuneros, por lo que corresponde decir que cuando se haya incoado el juicio divisorio de la cosa comun no puede tener lugar el retracto que por la ley de Toro se concede al comunero, si no interviene el otorgamiento de los demas compañeros; pero sí en todos los demas casos en que se trate de la venta de la cosa comun, en virtud del principio que establece que la escepcion es confirmacion de la cosa contraria, lo que debe entenderse con la limitacion que se ha propuesto arriba fundada en la misma ley de Toro, de que la cosa comun ha de ser raiz y no mueble para que pueda tener lugar el retracto.

31 Por último debe tenerse presente para evitar equivocaciones la diferencia que media entre la comunion y sociedad: la comunion se contrae sin que intervenga el consentimiento de los comuneros, como sucede cuando se da, lega ó deja por herencia una misma cosa á dos ó mas personas, y siempre que muere alguno de los comuneros pasa su derecho á su heredero, haciéndose igualmente comunero, siendo la comunion un cuasi contrato de que nace una accion mixta de real y personal: por el contrario la sociedad para contraerse necesita de la espresada voluntad de las partes, se disuelve y desata por la muerte de cualquiera de los socios, y es un contrato que se perfecciona con el consentimiento, y nace de él una accion meramente personal.

Ley LXXVI de Toro; es la 1.ª, título 10, lib. 4.º de la Recopilacion.

Mandamos que á ninguna den nuestras justicias por enemigo en rebeldía sin probanza legítima y pasados tres meses á lo menos despues de la condenacion, é que sea pedido por el acusador, é si de otra manera lo dieren, que sea en sí ninguna la sentencia, que sobre ello se diere en lo que toca á darlo por enemigo.

COMENTARIO

á la Ley 76 de Toro.

1 Dispone la presente ley que ninguna justicia declare ó dé por enemigo en rebeldía á ningun reo, sin que preceda probanza legítima, y hayan pasado tres meses á lo menos despues de la condenacion, y que el acusador pida se haga dicha declaracion, y faltando cualquiera de estos requisitos sea nula la sentencia en cuanto á darle por enemigo.

2 Para la inteligencia de esta ley se ha de suponer que por derecho comun ó romano no se podia dar sentencia contra el reo ausente, cuando su delito era tal que debia castigarse con pena de muerte ó corporal, ú otra mayor que destierro, aunque bien podia imponérsele esta ó alguna pecuniaria, segun se halla dispuesto en la ley 5.ª, ff. *de pœnis*; y si creemos á Gomez y á otros autores que cita en el núm. 4.º del Comentario á esta ley, se procedia con tanta detencion y miramiento en este punto que ni aun era permitido examinar testigos *ad perpetuam rei memoriam* contra el reo ausente de algun delito á que correspondia mayor pena que la de destierro.

3 Las leyes de partida, que como varias veces se ha notado en esta obra, por lo comun se conforman con las disposiciones del derecho romano, establecieron por regla general que se pudiesen recibir testigos *ad perpetuam rei memoriam* en todo género de causas, escepto aquellas en que pueda imponerse al reo pena de muerte, mutilacion de miembro, ó de destierro, segun se dispone en la ley 2.ª, tít. 16 de la partida 3.ª por estas palabras: "é lo que dijimos en esta ley que los testigos pueden ser recibidos antes que el pleito sea comenzado por respuesta, no ha lugar en pleito de justicia en que pudiese venir muerte ó perdimiento de miembro ó hechamiento de la tierra:" de cuyas palabras se infiere claramente que tampoco es permitido dar sentencia contra el ausente en que se le haya de imponer alguna de las espresadas penas, pues no admitiéndose probanza del delito mal podria declarársele autor de él.

4 Tres son los casos que por derecho romano se esceptúan de esta regla, á saber; en el delito de lesa magestad, en el que comete el oficial público que delinque en su oficio, segun la ley 21, C. *de pœnis*, y en el de castrar á otro ó hacerlo espadon, ley 4.ª, ff. *ad legem Corneliam de siccariis*, vers. *et qui hoc crimine*, los mismos que parecen comprendidos en la ley 7.ª, tít. 8.º, partida 3.ª, por la espresion de que usa: "fueras ende, si el hierro fuere de traicion ó de aleve ú otro alguno de aquellos sobre que pueden acusar al home é dañar la fama, maguer sea finado."

5 Como las leyes de partida, aunque fueron posteriores á las del fuero real, se sancionaron despues por el Rey Don Alonso el XI como un cuerpo supletorio para los casos en que no habian dispuesto los fueros generales y particulares y el ordenamiento de las Córtes de Alcalá, conviene tener presente que por la ley 4.ª, título 3.º, lib. 2.º del fuero real, que se insertó en la 9.ª, tít. 2.º, lib. 3.º del ordenamiento real, ya era permitido formar causa contra los reos ausentes de delitos capitales, en cuya suposicion se manda en ella que si al tercer plazo no compareciese el reo se le dé y declare por autor del delito.

6 Consiguiente á la facultad que por la ley del fuero se concedia para formar causa contra reos ausentes de delitos capitales, formó el rey don Juan I. una ley en las córtes de Briviesca, que se halla en la 15, tít. 2.º, lib. 3.º del ordenamiento real, por la que se manda que si el condenado en rebeldía á pena de muerte ó perdimiento de miembro sin preceder informacion por la que pudiera ser puesto á cuestion de tormento, se presentase ó fuese preso, debian oirle los alcaldes asi como sino fuere dado por hechor, absolviéndole si lo hallaren sin culpa, ó dándole mayor pena si la merecia.

7 Con presencia de las dos citadas leyes, sin duda formaron los Reyes católicos otra en el año de 1503, que se insertó en la 3.ª, tít. 10, lib. 4.º de la Recopilacion, en la que menuda y prolijamente se prescribe el método y forma de proceder contra los reos ausentes en toda clase de delitos, y por ella se ordena que no se repute por autores del crímen si ademas de la fuga no concurren indicios suficientes para la tortura, en cuyo caso quiere que se les imponga la pena ordinaria del delito.

8 Contiene otras particularidades que no me detengo á referir por no creerlas conducentes á la inteligencia de la ley de

Toro; pero no puedo menos de notar que esta ley sufrió alguna alteracion al insertarse en la Recopilacion de leyes que mandó formar el Rey don Felipe II, y me fundo en que Gomez, compendiando al número 8.º del Comentario á esta ley lo que por ella se ordena, distingue para señalar los términos de la citacion dos casos, á saber, cuando el reo está dentro de los límites de la jurisdiccion del juez, ó cuando se halla fuera de ellos, en cuya ley no se encuentra semejante distincion, antes por el contrario espresa y literalmente iguala y comprende uno y otro caso en la resolucion.

9 Tambien merece notarse lo que afirma Gomez al número 13, reducido á que si despues de dada sentencia difinitiva contra el reo lo hiciese preso el juez, ó él se presentase de su grado, y no hiciese las defensas convenientes á su justificacion en el término que se le señalase, debe ejecutarse en él la sentencia, fundándose para esto en que la ley ó pragmática dice que sea válido todo el proceso hecho en ausencia, cuya razon á mi modo de entender es de poca consideracion para pretender que la ley quiso que se ejecutase en el reo la pena capital que le habia impuesto en ausencia por indicios meramente suficientes para la tortura; pudiendo darse un sentido bastante natural á las palabras de la ley con que subsista el proceso hecho en ausencia en cuanto á las probanzas y demas trámites del juicio, sin que haya necesidad de renovarlo con motivo de la captura ó presentacion del delincuente.

10 Esta esposicion es tanto mas natural y conforme á la espresion de que usa la ley, que no es, como sienta Gomez, que todo el proceso sea válido, sino que las probanzas queden en su fuerza y vigor, segun lo manifiestan las siguientes palabras: "si despues de dada la sentencia::: el acusado se presentare en la carcel ó fuere preso que asi mesmo sea oido, asi en cuanto á las penas corporales como en cuanto á las pecuniarias, pagando las dichas costas y despreces y homecillos, y quedando las dichas probanzas como si fueren hechas en juicio ordinario."

11 Por mas fundado tengo el dictámen de Acevedo, que al número 127 del Comentario á esta ley dice, que por la presencia del reo se anula la sentencia dada contra él en ausencia, pero que subsiste el proceso, y cita á Avendaño. Queriendo esponer la doctrina citada del Gomez, pretende que se ha de entender del caso en que contra el reo resulte una probanza plena, aunque se haya dado de nuevo por el acusador despues de la presentacion del reo.

12 Establecida en los términos indicados la forma de proceder contra los reos ausentes, pasa la ley de Toro á señalar las solemnidades que han de preceder á la declaracion de enemigo en ausencia ó rebeldía. Pide en primer lugar que la prueba que resulte contra el reo haya de ser legítima ó plena, en lo que se separa de lo dispuesto por la pragmática citada de los Reyes católicos, la que tenia por bastantes para hacer prueba los indicios para la tortura adminiculados de la fuga del reo: la razon de esta diferencia es obvia, y la indica Gomez al número 14 de su Comentario á esta ley, reducida á que en el caso de la ley de Toro no se admite al reo defensa, y sí en el de la pragmática: mas claro, en el de esta nunca se lleva á efecto la sentencia de pena capital sin dar antes audiencia al reo, y en el de la ley de Toro se manda ejecutar la sentencia si el enemigo puede haberlo á las manos, y si no hubiera plena prueba contra el autor del delito, era espuesto á que la pena recayera sobre un inocente. En suma, en el caso de la ley de Toro la sentencia es ejecutiva, y en el de la pragmática apelable.

13 No por esto se ha de creer se le niega la audiencia al reo por la ley de Toro si se presenta, ó se le hace preso antes que su acusador haya puesto en ejecucion la facultad que se le concede, porque como juiciosamente observa Acevedo al número 22, la escepcion de inocencia no la escluye la ley de Toro, y verificada la presencia del reo cesa la facultad concedida al enemigo de matarlo, segun el mismo Acevedo al número 24, lo que ya antes habia indicado Gomez al número 17, donde afirma que si el juez habia conseguido prender al declarado por enemigo, no puede entonces quitarle la vida el acusador, dando por razon que estando espedito el remedio ordinario no se puede hacer uso del estraordinario, que es subsidiario de aquel.

14 No se observa lo mismo en el caso de la pena capital que se impone en rebeldía á los bandidos públicos por la pragmática del Rey don Felipe IV del año 1663, que es el auto acordado 3.º, tít. 11, li-

bro 8.º de la Recopilacion, por el que se manda ejecutar en sus personas dicha pena luego que se pronuncie la sentencia, sin oirles ni formar nuevo proceso aunque despues sean presos, revocando espresamente para este caso lo dispuesto por la referida pragmática de los Reyes católicos, cuyo auto acordado se renovó y mandó observar por otro del Consejo del año de 1726, que es el 14 del mismo título.

15 Requiere tambien la ley que hayan transcurrido tres meses á lo menos despues de la condenacion, cuyo término lo reputa por suficiente para que llegue á noticia del reo, y delibere al parecer sobre su presentacion; pero en mi dictámen este plazo seria mejor despues de hecha la declaracion de enemigo, en que por ser mayor y mas urgente el peligro de morir á manos de su contrario tendria mas influjo para escitarlo á la presentacion.

16 El último requisito que pide la ley es que la declaracion de enemigo se haga á instancia del acusador, con lo que denota que el delito ha de ser de aquellos que han causado perjuicio al mismo ó á los suyos dentro del cuarto grado, segun la espresion de la ley 2.ª, tít. 1.º, partida 7.ª, pues en los públicos falta este interes personal.

17 A mas de los requisitos espresados el delito porque se procede ha de ser de los que por las leyes se impone al reo pena capital, porque la ausencia ó contumacia en presentarse no aumenta la pena *corporis aflictiva*, y lo único que hace la declaracion de enemigo es cometer la ejecucion de dicha pena al acusador, que en otras circunstancias se ejecutaria por el verdugo, como asi lo reconocen Gomez al número 17, y Acevedo al número 15.

18 De lo dicho se infiere que el marido que acusa en ausencia á los adúlteros puede pedir contra ellos la declaracion de enemigo; el padre y hermano contra el forzador de su hija ó hermana, segun la ley 3.ª, tít. 8.º, partida 7.ª; el pariente del muerto dentro del cuarto grado contra el homicida por la citada ley 2.ª, tít. 1.º, partida 7.ª, y los padres ó parientes de una manceba en cabello contra el que se casa con ella repugnándolo los mismos, segun la ley última, tít. 1.º, libro 3.º del fuero real, en la cual espresamente se declara al reo por enemigo; y como por la ley 1.ª, tít. 17, lib. 2.º del mismo fuero real, y la 4.ª, tít. 13, lib. 8.º del ordenamiento real se permite matar al enemigo conocido, y por la 4.ª, tít. 17, libro 4.º de dicho fuero real era igualmente permitido matar al enemigo declarado por tal, se deduce que en nuestra jurisprudencia son términos sinónimos enemigo conocido y enemigo declarado, y bajo de cualquiera de las dos espresiones se denota un reo de pena corporal, en lo que parece estan conformes Diego Perez en su Comentario á la citada ley del ordenamiento real, y Montalvo en la 1.ª, tít. 17, lib. 4.º del fuero real, á quien se refiere Perez y el señor Matheu en la controv. 29, número 17 *de re criminali*, donde cita en confirmacion las dos leyes 3.as de los títulos 14 y 16 de la partida 2.ª

19 Aunque las leyes del fuero real suponian que habia enemigo conocido y declarado, y que impunemente podia matarse, no espresaban la prueba que debia preceder á la declaracion, quién la habia de hacer, en qué tiempo y á instancia de quién, y sin embargo de que la ley 47 de las llamadas de estilo, que venian á ser unas esplicaciones ó advertencias de las del fuero (fuesen ó no verdaderas leyes, de que ahora prescindo), hablando de los emplazados que se declaraban en rebeldía por autores del delito que se les imputaba, ya requeria para hacer la declaracion de enemigo que la pidiese al juez el acusador, como se ve por las siguientes palabras: "pero es á saber, cuando da por fechor al emplazado que no viene á los plazos segun que dicho es, puede el alcalde darlo por enemigo si la parte gelo pide que gelo de por enemigo," todavia quedaba indeciso y por determinar la prueba que habia de resultar contra el acusado, y el tiempo en que se habia de pedir y hacer la declaracion de enemigo, lo que dió motivo á la formacion de la presente ley, en que clara y espresamente se resolvieron las dudas indicadas.

20 Dos dudas promueven los autores acerca de esta ley: primera, si es en sí justa y puede establecerla el legislador: segunda, si lícitamente podrá el acusador usar de la facultad que por ella se le concede. Haciéndose cargo de la primera Gomez al número 15, sostiene que la ley es justa, y da por razon de que ni es preceptiva ni permisiva *in genere* y absolutamente, sino permisiva en un caso particular en que concurren las circunstancias ya indicadas. Del mismo dictámen es Acevedo

al número 7.º y 18 de su Comentario.

21 Aunque es muy cierta la opinion de estos autores, la razon en que la fundan la tengo por fútil y ridícula, á causa de que el ser permisiva la ley en un caso particular y no preceptiva no impide que fuera injusta, permitiendo ó dando facultad para ejecutar un acto prohibido por la ley natural; ni se alcanza qué diferencia substancial pueda mediar entre permitir un acto ilícito *in genere*, ó en un caso particular. Las leyes ó sus disposiciones siempre son *in genere* y absolutamente, aunque su aplicacion necesariamente se ha de hacer específicamente ó en caso particular.

22 Prescindiendo de la razon alegada por estos autores, paso á manifestar el verdadero apoyo de su opinion. A dos puntos termina la disposicion de la ley, á saber, imponer la pena capital á un reo de delito grave, y á cometer la ejecucion de esta pena al acusador. Si recae la duda sobre el primer punto, no solo es irracional, sino anti-cristiana, porque por ella se intenta privar á los Soberanos de la facultad de castigar con pena capital á los reos de delitos graves, á imitacion de lo que Dios estableció para gobierno del pueblo hebreo, de lo que se practica en todas las sociedades civiles, y de lo que nos enseña el apóstol san Pablo en su carta á los romanos, capítulo 13, "que el Príncipe es ministro y vengador contra los malos, usando de la potestad que le ha concedido Dios para ello." Y Salomon en el capítulo 6.º de la Sabiduría, "que Dios habia dado potestad á los Príncipes para gobernar en su nombre." Y vendria á desterrarse de los tribunales la pena capital, á que se dirigen los deseos de los pretendidos nuevos filósofos.

23 Supuesto que no puede graduarse de injusta la ley en la parte que impone la pena capital al reo declarado por enemigo, deberá consistir precisamente su injusticia en dar á un tercero la comision para la ejecucion de dicha pena, pues á estos dos puntos está reducida su disposicion.

24 Tambien parece que en esta parte está libre la ley de la nota de injusta, porque el juez no ejecuta por sí la sentencia, sino que encarga á otro su ejecucion, y asi se ve que regularmente se hace este encargo á una persona determinada, que regularmente se llama ejecutor de justicia, sin que hasta ahora se haya disputado esta facultad al juez, ó dudado de ella.

25 Resta, pues, que se diga que lo ilícito de la disposicion precisamente consiste en encargar la comision á la misma persona agraviada que ha sido el acusador; pero ni aun en esta parte puede dudarse de la rectitud de la ley, de que hay un ejemplo harto semejante en las leyes de Moises.

26 Tratando este legislador de los hebreos de castigar condignamente al reo de homicidio voluntario que se habia acogido á una de las ciudades de asilo, ordena en el capítulo 19, vers. 12 del Deuteronomio, que los jueces ó ancianos lo saquen de él, y lo entreguen al pariente inmediato del muerto para que le haga morir, inhibiéndole espresamente compadecerse de él, ó recibir precio por rescate de su vida, segun el capítulo 35, vers. 31 de los Números. Si esta ley, de cuya justicia sería una especie de sacrilegio dudar, cometia la ejecucion de la pena capital á la parte interesada, es una manifiesta temeridad pretender que la ley de Toro es injusta porque confiera la ejecucion de la sentencia de muerte del declarado por enemigo al mismo que ha sido su acusador.

27 En vano se pretenderá decir que las leyes de Moises, como dictadas por Dios, no deben servir de norma para regular las facultades de los Príncipes y Soberanos de la tierra, porque Dios en las leyes que dictó por medio de Moises á su pueblo no se valió de los atributos de su soberanía, omnipotencia y señorío universal, sino que se acomodó á las facultades propias, peculiares y comunes á todo legislador; y asi se observa que en nada alteró ó varió las leyes del derecho natural; y en cuanto á las judiciales, de cuyo número es de la que hablamos, procedió como un sabio y prudente legislador, estableciendo aquellas que previó eran mas análogas y convenientes al genio y carácter del pueblo que se habia propuesto regir y gobernar, consistiendo la sabiduría de las leyes, no en la mayor rectitud de sus disposiciones en abstracto, sino con respecto y consideracion á la naturaleza de los que las han de obedecer, por lo que divinamente nos dice Jesucristo en su Evangelio, "que no se hizo el hombre para el sábado, sino el sábado para el hombre."

28 Mayor dificultad se ofrece en la resolucion de la otra duda acerca de si lícitamente podrá usar el acusador de la facultad que le da la ley de matar al declarado por enemigo. Gomez al número 18 es de

dictamen de que, sin embargo que no sea castigado en el fuero esterno el que quitó la vida á su enemigo, peca en el interno, sin que le aproveche el permiso que le da la ley. Con apoyo de su doctrina cita algunos autores, y al fin de aquel §. pone la siguiente limitacion: que lo dicho se ha de entender cuando el que mata á su enemigo lo hace por ódio ó deseo de venganza, porque si obra con celo de justicia por el bien de la república, y como ejecutor suyo, entonces no peca.

29 Segun esta doctrina de Gomez el que usa de la facultad de la ley no peca en realidad por la ejecucion de la obra, sino por la intencion con que la hace, y en este concepto la limitacion debe reputarse por importuna y fuera de propósito, como lo seria si se propusiese la duda de si el juez puede lícitamente imponer la pena de muerte á un reo de delito capital, y se reproduce que no, limitando la resolucion al caso de que diese la sentencia con ódio ó deseo de venganza. Este modo de filosofar es ciertamente muy impropio, porque invierte el órden que debe observarse en los raciocinios, que debe ser, establecer primero la regla y despues las escepciones; y como la regla en estos casos es que asi el acusador que usa de la facultad que le da la presente ley, como el juez de la que se le ha conferido por real ministerio de juzgar obran lícita y justamente en el fuero interno; deberia haberse sentado este principio antes, y despues poner la escepcion, que es de que si uno y otro se dejasen llevar de ódio y deseo de venganza en el ejercicio de su comision pecarian gravemente; Gomez por el contrario ha trastornado é invertido este órden, estableciendo por regla la escepcion, y haciendo escepcion á la regla.

30 Con mas método y exactitud raciocina el señor Vazquez Menchaca en el libro 1.º, capítulo 8.º, número 49 de sus controversias ilustres, donde entrando á examinar si el marido que mata á los adúlteros cogidos *infraganti*, y el que hace lo mismo con el prescripto en virtud de la permision de la ley peca gravemente, resuelve que no, y á continuacion añade que esto debe entenderse con tal que uno y otro no obren con espíritu de venganza, que entonces pecarian gravemente, por cuya doctrina se manifiesta que primero sienta el principio ó regla y despues propone la escepcion.

31 Todavia pasa mas adelante este autor, y sienta que siempre que no conste de que no se obra por espíritu de venganza, y aun dudándose de ello, se ha de creer que ejecutan la muerte estimulados del celo del bien público, y de consiguiente que no pecan, asi como el juez y el verdugo no se cree que pecan en caso de duda en el ejercicio de sus funciones, porque se presume que se mueven á ello por el interes del bien público, pero que seguramente pecarian si procediesen por ira ó mala voluntad, cuya doctrina es muy arreglada y conforme á la verdadera caridad, que en caso de duda quiere se juzgue piadosamente y en buen sentido de las acciones de nuestro prójimo.

32 Con mas estension, aunque no con tanta claridad, trata el mismo autor de igual asunto en el libro 1.º, §. 7.º, número 22, y en el §. 10, número 99 de su obra *de testatoris potentia*, contraido al que acusa á otro de delito porque se le impone pena capital, y al marido que quita la vida á los adúlteros, donde despues de referir varias leyes reales, afirma que ni el acusador ni el marido pecan en el fuero interno cuando obran con celo de justicia, y se estiende á pretender que se debe decir lo mismo en el caso de que sea dudoso el ánimo con que han obrado, y la razon de esta doctrina la intenta fundar en que si pecaran no se entenderia que obraban con autoridad de la ley, asi como el juez y el verdugo no se presume que pecan en el ejercicio de sus funciones, aunque si se dejan llevar del espíritu de ira ó enemistad pecan indudablemente.

33 Se hace reparable esta doctrina que iguala el caso de dudarse de la intencion del que obra, con el otro en que consta que obra con rectitud, queriendo que en uno y otro no peque su autor en el fuero interno; pues aunque sea cierto y muy conforme á razon que en caso de duda se presuma lo mejor de las acciones del prójimo, esta presuncion nada influye en la moralidad de la accion ó intencion del que la ejecuta, y de consiguiente no escluye sea mala aunque se dude de ella, á que se aumenta el juicio ageno y posterior á los actos de que se juzga, cuya moralidad únicamente depende del dictamen de la propia conciencia, que es el juez verdadero y privativo de las acciones de cada uno.

34 Tambien es fuera de propósito la razon que se alega de que de otro modo no

se podía entender que obraban con autoridad de la ley, porque dicho autor reconoce que el juez y el verdugo, cada uno en su ministerio obra con autoridad de la ley, y sin embargo tiene por cierto que si se dejan llevar del espíritu de ira ó enemistad pecan indudablemente. Esto manifiesta lo infundada y peregrina que es la doctrina del autor, que hace depender el pecado personal de dudas agenas, y estas posteriores á la obra ya consumada y perfecta, en que ningun influjo pueden tener para variar su moralidad; por lo que la esplicacion del autor en este punto mas debe mirarse como una distraccion ó descuido que como una verdadera opinion.

35 Julio Claro en una duda semejante, contraida á si lícitamente se puede quitar la vida á los proscriptos por cualquiera, en virtud de la facultad que se concede por la ley, resuelve en el libro 5.º *sententiarum*, §. *homicidium*, número 54, que sí, y alega por razon, de que en la suposicion de que haya estatuto ó ley que permita quitar la vida al proscripto, se ha de creer que lícitamente se puede usar de la facultad del estatuto, porque no se debe presumir que entre cristianos se establezcan leyes que den causa á cometer pecados.

36 Aunque convienen los precitados autores en que no peca gravemente el que quita la vida al declarado por enemigo y al proscripto, los dos primeros, Gomez y Vazquez Menchaca, alegan y se fundan en que se supone que obra con zelo de justicia en utilidad de la república y como ejecutor suyo á ejemplo del juez y el verdugo; pero esta razon en realidad no es de aquellas que se llaman *à priori*, y de que se infiere legítimamente el efecto como de su propia causa.

37 Julio Claro tampoco se esplica con la claridad que era de desear, atribuyendo mas á santidad de nuestra religion que á la disposicion de la ley la ejecucion lícita de la obra, suponiendo que entre cristianos no puede creerse haya ley permisiva que dé ocasion á pecados; pero esta razon tampoco es adecuada y concluyente, porque es constante que entre cristianos se permiten los lupanares ó casas de prostitucion, y no por eso se ha de decir que lícitamente se puede usar de la permision de la ley.

38 Me conformo con el dictámen de los referidos autores, en que lícitamente se puede quitar la vida al declarado por enemigo por el acusador, y la razon á mi parecer es incontestable: se ha probado arriba, examinando la primera duda con argumentos convincentes, que la ley que confiere la ejecucion de la sentencia de pena capital á la persona agraviada es justa y racional, y supuesto este antecedente se sigue por una consecuencia necesaria que el ejecutor de dicha ley habia de obrar lícitamente en el fuero interno, porque seria un enorme absurdo y contradiccion manifiesta que una ley justamente cometiere la facultad de ejercer un acto, y que obrara ilícitamente el que lo ponia en ejecucion, porque la disposicion de la ley en que consiste su justicia es correlativa de su ejecucion, de forma que siendo esta ilícita no podia dejar de serlo su disposicion, y si era esta justa, necesariamente lo habia de ser aquella, porque implica que las leyes den facultad para delinquir.

39 Todavia se convence mas esta verdad si se atiende á que la disposicion de la ley no se funda en un mero y simple hecho sin calificacion, sino en uno autorizado por medio de una sentencia judicial, y en este caso dudar de la justicia de la ejecucion seria una conocida temeridad que hacia inútil la autoridad de los tribunales para sentenciar, si lícitamente no podian ejecutarse sus decisiones.

40 Recordemos la citada ley del Deuteronomio, por la que se ponia al homicida estraido del asilo en manos del pariente del muerto para que ejecutase en él la pena establecida, y en su decision encontraremos el testimonio mas concluyente que puede desearse en comprobacion del intento: dice asi en el versículo 12 del capítulo 19: *mittent seniores civitatis illius, et arripient eum de loco effugii, tradentque in manu proximi, cujus sanguis effussus est, et morietur.* Por ella se cometia la ejecucion de la pena capital al pariente mas inmediato del muerto, que era la persona que tenia mayor interes en la vindicta, á la que no le era permitido usar de conmiseracion, sino que necesariamente le habia de hacer morir, como lo denota la palabra final del versículo *et morietur*, y las del siguiente *non misereris ejus.*

41 Se pregunta ahora si el ejecutor de esta pena obraba lícitamente en el fuero interno ó no; si se dice lo segundo se hace á Dios, de quien inmediatamente dimanaba la ley del Deuteronomio, autor del pecado;

error escandaloso que hace estremecer; y si se dice lo primero es indispensable confesar que el comisionado por nuestra ley real para dar la muerte al declarado por enemigo obra lícitamente en el fuero interno.

42 El P. Calmet en la esposicion de esta ley atribuye la indulgencia que se concede al pariente del muerto á la dureza de corazon de los judíos, cuya esplicacion á mi parecer no es adaptable á las palabras de la ley que no es *pure* ó *negative* permisiva, que no da facultad para ejecutar el acto aunque no lo castiga, ni permisiva *positive* que concede la facultad, sin que precise á usar de ella, sino positivamente preceptiva, que impone obligacion de ejecutar lo que por ella se manda, y ningun legislador humano y mucho menos Dios han mandado cosas ilícitas por contemporizar con las pasiones de los que han de obedecer.

43 Concluyo este Comentario refiriéndome al de la ley 82, donde con mas estension hago ver la facultad que compete á los Príncipes para cometer la ejecucion de la pena capital en determinados casos á personas particulares, aunque no preceda sentencia judicial.

Ley LXXVII de Toro; es la 10, título 9.°, lib. 5.° de la Recopilacion.

Por el delicto que el marido, ó la muger cometiere, aunque sea de heregía, ó de otra cualquier calidad, no pierda el uno por el delicto del otro sus bienes, ni la mitad de las ganancias avidas durante el matrimonio, é mandamos que sean avidos por bienes de ganancia todo lo multiplicado durante el matrimonio, fasta que por el tal delicto los bienes de qualquier dellos sean declarados por sentencia, aunque el delicto sea de tal calidad que imponga la pena *ipso jure.*

COMENTARIO

á la ley 77 de Toro.

1 Dispone la presente ley que por el delito de uno de los consortes no pierda el otro sus propios bienes, ni la mitad de las ganancias que se hiciesen durante el matrimonio, y declara que son bienes de ganancia todo lo adquirido en el tiempo del matrimonio hasta que los bienes del delincuente sean declarados por sentencia, y esto se entienda aun en los delitos en que se impone la pena *ipso jure.* Siguiendo el órden que guarda la ley en su resolucion trataremos de cada uno de estos puntos con la separacion correspondiente.

2 No debe la muger recibir pena por el delito del marido, ni este por el de la muger. Hablando de la pena corporal es constante esta máxima, fundada en el derecho natural, porque la pena es un castigo impuesto por el superior legítimo contra aquel que ha cometido algun delito. De aqui se ve que la pena supone delito, porque de otro modo no seria pena, sino injuria, y castigar á un inocente es contra justicia y derecho natural, como observa el señor Covarrubias, lib. 2.°, *var. res.*, cap. 8.°, *in principio, et* número 1.°, *in tertia conclusione.* El mismo Dios nos enseña esta máxima por boca de Ezequiel en el cap. 18: *anima quæ peccaverit*, dice, *ipsa morietur, filius non portabit iniquitatem patris, et pater non portabit iniquitatem filii.* Las leyes romanas no se apartaron de este principio, como lo manifiesta la ley 26, ff. *de pænis*, y la 22, C. *de pænis*, por estas palabras: *peccata igitur suos teneant autores, nec ulterius progrediatur metus, quam reperiatur delictum.* Es, pues, constante que la pena corporal no se puede imponer sino al delincuente.

3 En cuanto á la pena pecuniaria afirma el Covarrubias en el lugar citado, conclusion 4.ª, que la ley humana puede imponer pena pecuniaria á los hijos y nietos por los delitos de los padres, ú otra pena temporal. Prueba esta conclusion en el último §. del número 1.°, con la autoridad de los cánones y leyes civiles, que á los hijos y nietos de los reos de lesa magestad divina ó humana los privan de poder obtener beneficios eclesiásticos y empleos seculares. Lo mismo repite en el número 2.° y en el 7.°, espresando en este, que en virtud de algun estatuto puede uno ser castigado por el delito de otro con pena pecuniaria, pero no con corporal. Entre los varios autores que alega en favor de su conclusion 4.ª del número 1.°, cita á Sto. Tomás 2.ª 2.æ, cuestion 108, artículo 4.°, quien en la respuesta al segundo argumento, afirma que nunca en los juicios humanos puede castigarse con pena corporal á uno que no tiene culpa; pero con pena de daño bien podrá ser castigado aunque no tenga culpa, como haya causa: continúa el santo declarando con ejemplos la doctrina referida, y dice

que cuando al bígamo, homicida involuntario y leproso, se le inhabilita de obtener beneficios eclesiásticos, ó se le priva de la administracion de la Iglesia, sufre este daño sin culpa suya, aunque no sin causa. Cuando el bien de que se le priva es comun y no propio, como sucede cuando á una iglesia se le priva de la cátedra episcopal por malicia de los que componen la ciudad, este daño lo sufren tambien los clérigos sin culpa suya, porque el que la iglesia tenga obispo es un bien que pertenece comunmente á seglares y eclesiásticos. El tercer ejemplo es cuando los bienes de uno dependen del bien de otro, como cuando por el crímen de lesa magestad el hijo pierde la herencia del padre.

4 No obstante esta doctrina de santo Tomás, debemos decir que ni tampoco la pena pecuniaria puede imponerse á un inocente por ageno delito. Hemos sentado arriba que la pena es *malum passionis, propter malum actionis*, y de consiguiente la pena y el delito son correlativos.

5 Se propone Grocio tratar de la comunicacion de las penas, y dice en el capítulo 21, libro 2.º *de jure belli, et pacis*, §. 12, que ningun inocente debe ser castigado por delitos de otros, en tanto grado, que ni los hijos deben serlo por delitos de los padres, ni estos por los de aquellos. Se funda para esto en que las penas se imponen segun los méritos, y siendo el mérito una cualidad personal, no deben las penas estenderse á mas que á la persona que lo ha contraido. Comprueba su opinion con el fin de la pena; este es el castigo del culpado para el ejemplo, y no podria servir de ejemplo el castigo de un inocente, antes bien se seguiria de esto que los hombres no se enmendasen si llegaban á persuadirse que para incurrir en la pena tanto servia ser inocente como culpado. Refiere, en confirmacion de su opinion, varios testimonios de san Gerónimo, san Agustin y otros santos Padres y autores profanos.

6 Para que no se dude que la opinion del Grocio es comprensiva de la pena pecuniaria, se hace cargo en el §. 16 de la ley 5.ª, C. *ad L. Jul. majestatis*, que priva á los hijos de los traidores de la herencia de estos y de los honores.

7 Responde á la dificultad que podia motivar la resolucion de esta ley, y dice que no es negable sea esta ley demasiado severa; pero con todo no se ha de decir que es injusta. A este fin se remite á la distincion que habia hecho en el §. 10, entre causar directa ó indirectamente el dolor ó daño, que es en lo que consiste la pena. Dice que directamente se causa el daño cuando lo que se le quita al que se le impone la pena le correspondia por oficio y obligacion perfecta, que se llama derecho propiamente tal, como son la vida, los bienes y la fama. Indirectamente causar el daño es cuando uno pierde lo que por derecho impropiamente dicho se le debia, como son la herencia y los honores. De aqui infiere en el §. 16, contrayéndose á la ley del código, que si á los hijos de los traidores se les escluye de la herencia y honores, no es esto imponerles pena propiamente dicha, sino causarles indirectamente daño, porque el que usa de su derecho á nadie hace injuria.

8 Contrayendo esta doctrina de Grocio á lo que hemos referido de santo Tomás, se ve que lo que el santo llama pena de daño, que se puede imponer sin culpa, aunque no sin causa, en realidad no es pena, propiamente hablando, sino efecto de la pena que muchas veces se estiende á mas que á la persona del delincuente, como sucede cuando el marido ó padre incurre en pena capital, que ciertamente la muger y los hijos esperimentan el daño de verse privados de las utilidades que percibian por razon del padre ó marido, y sin embargo, como observa Heineccio en las prelecciones al Grocio, cap. 21, lib. 2.º, §. 1.º, en este caso no se puede decir que se comunica la pena á los inocentes, sino el daño que resulta de la misma pena, sin que intervenga aqui ni culpa ni causa, para que este daño se estienda á los inocentes.

9 De esto se ve que cuando santo Tomás pretende que puede uno ser castigado con pena de daño como haya causa, aunque sin culpa, se ha de entender que habla de las irregularidades que provienen de defecto, bien corporal ó de ánimo, ú otro impedimento ó defecto corporal, que inhabilita á un sugeto para el ejercicio de las funciones de algun cargo, como sucede en el ejemplo que propone del leproso y del bígamo.

10 Con mas claridad que Grocio se esplica el Puffendorf en el cap. 3.º del lib. 8.º *de jure nat., et gent.*, §. 30, donde dice que en los tribunales humanos es una regla cierta y segura que ninguno puede ser castigado por el delito de otro en que no ha te-

nido parte alguna. La razon en que se funda es en que todo mérito ó demérito debe ser enteramente personal, como fundado en la voluntad de cada uno, que viene á ser la cosa mas propia y menos comunicable de lo que uno tiene, y sin que preceda un tal demérito no puede darse derecho de castigar.

11 Continúa diciendo que comunmente sucede en el curso de la vida que los inocentes tienen que sufrir por ocasion de un delito de otro, y advierte que no todo lo que causa pérdida ó disgusto debe reputarse por pena propiamente tal. Reconoce que es un castigo el quedar reducido á la mendicidad por causa de la confiscacion de los bienes por un delito; ¿pero cuántos hay que cuando nacen nada tienen? ¿cuántos que pierden lo que poseían por un incendio, un naufragio ó guerra? Deben, pues, conceptuar estos accidentes como las incomodidades corporales, la enfermedad de la vejez, los desórdenes de la estacion, las inundaciones y otras desgracias semejantes, que son una secuela inevitable de la constitucion de las cosas humanas.

12 Prosigue en el §. 31 distinguiendo un daño que se causa directamente del que sucede indirectamente y por accidente. En el primer caso se despoja á uno de la cosa que le pertenecia por un derecho propiamente tal. En el segundo se causa el daño, impidiendo el efecto de una condicion, sin la cual el que estaba privado de una cosa no podia tener derecho á ella. En comprobacion de este segundo caso pone dos ejemplos, el uno tomado de la ley 39, ff. *de damno inf.*, en que el jurisconsulto Trebacio afirma que el que abriendo un pozo en su fundo impide que las aguas vayan al del vecino, no está obligado á resarcir el daño, porque se conceptúa que usa de su derecho. El otro ejemplo es de cuando al padre le confiscan sus bienes, en cuyo caso sufren los hijos el daño ó perjuicio de no poder heredar los bienes del padre, si no los conserva, y sin embargo no se puede decir que esta es una pena verdaderamente tal respecto de los hijos, á quienes no se dirige un tal despojo.

13 Repite este mismo ejemplo al fin del §. 32, en donde dice que el escluir de los cargos y honores á los hijos de los reos de lesa magestad no es una pena propiamente dicha respecto de los hijos, porque el Príncipe teniendo facultad de dar los cargos y honores á quien mejor le parece, puede escluir de ellos á aquellos que nada han hecho de su parte para hacerse indignos, siempre que al bien público le resulte algun beneficio. A la manera que si á uno que me da gratis su casa para habitarla se la confiscase el Príncipe por algun delito, y me mandase salir de ella, que en tal caso no podia reputarse como pena propiamente tal el perjuicio que yo esperimentaba, porque el Príncipe habiendo adquirido la propiedad de la casa, no hace otra cosa que usar de su derecho, ordenándome salir de ella. Hasta aquí la doctrina de Puffend.

14 Aplicando esta doctrina á la ley citada del código, á la 2.ª, tít. 2.º, partida 7.ª, y á los capítulos 10 y 13 *de heret.*, y al 15 del mismo título *in 6.º*, se comprenderá fácilmente que el escluir las leyes civiles de la herencia de los reos de lesa magestad á los hijos, y privarlos de obtener empleos seculares, y á su imitacion los cánones disponer lo mismo en los hijos de los reos de lesa magestad Divina, inhabilitándolos de poder obtener beneficios eclesiásticos y empleos seculares no es imponer penas á los inocentes, porque no se les priva de un derecho propiamente tal, como sucederia si se le despojase de los beneficios que actualmente poseían, por lo que asi el señor Covarrubias en el lugar citado al fin del número 4.º, como Cárlos Sebastian Berardi en sus Comentarios *ad jus canonicum universum*, tomo 4.º, parte 1.ª, dis. 2.ª, cap. 2.º, afirman que las disposiciones canónicas de que hablamos no se deben estender á los beneficios eclesiásticos que poseían los hijos de los hereges al tiempo de cometer el padre el delito.

15 No se puede negar trae alguna utilidad al bien comun el estender los efectos de las penas á los hijos de los reos de ciertos delitos por mas que se reputen por inocentes, porque el amor de los padres á los hijos y el no esponerlos á sufrir esta especie de calamidades hace á los padres mas cautos para no cometer tales delitos, como sabiamente lo notó Ciceron escribiendo á Bruto en la epístola 12. *Nec vero me fugit*, dice, *quam sit acerbum parentum scellera filiorum pœnis lui. Sed hoc preclare legibus comparatum est, ut caritas liberorum amiciores parentes Reipublicæ redderet.*

16 De lo dicho hasta aqui resulta que no debiendo uno recibir pena en el cuerpo ni en los bienes por el delito de otro, no

debe la muger perder sus propios bienes por el delito del marido, ni al contrario el marido por el de la muger. Confirma esta verdad la ley 24, C. *de donationibus inter virum et uxorem*, la cual reserva á la muger en caso de imponerse pena capital al marido los bienes que haya adquirido por herencia, compra ó donacion del marido. Justiniano en la novela 134, cap. último, esceptúa la dote de la muger en caso de la confiscacion de bienes del marido por delito de lesa magestad, y lo mismo repite la ley 2.ª, tít. 2.º, partida 7.ª El capítulo 14 *de heret. in* 6.º conserva á la muger la dote en el crímen de heregía del marido, á no ser contragese el matrimonio con conocimiento de que el marido era herege, con lo que queda comprobada la primera parte de la resolucion de la ley presente de Toro.

17 La segunda parte habla de los bienes de ganancia adquiridos durante el matrimonio, y como estos bienes son de por mitad del marido y de la muger en cuanto al dominio y posesion, como se ha hecho ver en la ley 16 de las de Toro, quiere la presente ley que ninguno de los consortes pierda dicha mitad por el derecho del otro. Cuya disposicion queda comprobada con cuanto se ha espuesto en la primera parte.

18 En la tercera declara qué bienes se han de reputar por de ganancia, y quiere que sean todos los multiplicados durante el matrimonio, hasta que en virtud del delito se declare por sentencia los que pertenecen á cualquiera de los consortes. Se dicen bienes adquiridos constante matrimonio todo lo que se aumentare en dicho tiempo, bien sea por contrato oneroso ó lucrativo, con esta diferencia, que todo lo que compraren los consortes estando juntos es de ambos, ley 2.ª, tít. 9.º, lib. 5.º de la Recopilacion; pero lo que adquieren por donacion, legado ó herencia ha de ser de aquel á quien se dona, lega ó instituye por heredero, ley 3.ª, tít. 9.º, libro 5.º de la Recopilacion.

19 La donacion puede ser simple ó remuneratoria. En la primera tiene lugar la regla establecida en dicha ley 3.ª En cuanto á la segunda opinan con variedad los autores. Rodrigo Suarez es de sentir que si los méritos los hizo el marido, por ejemplo, manteniéndose á costa de los bienes comunes de los consortes, debe ser tambien comun la donacion remuneratoria, ley 1.ª, tít. 3.º, lib. 3.º del fuero real, limitacion 3.ª Lo mismo opina el señor Covarrubias *de just.*, cap. 7.º, número 39, con tal que esto no se entienda en la donacion remuneratoria que sea castrense ó cuasi castrense. Es fácil conciliar la opinion de estos dos autores, diciendo que Covarrubias habla del caso en que la donacion remuneratoria *castrense vel quasi* se le ha hecho al donatario sin mantenerse á espensas comunes de los consortes; pero cuando el donante se ha mantenido con el salario ó soldada del Rey ó donador no debe comunicarse la donacion, como espresamente lo reconoce el mismo Rodrigo Suarez al fin de la limitacion 3.ª citada. Cuya distincion se ve clara y espresamente establecida en la ley 3.ª, tít. 9.º, lib. 5.º de la Recopilacion. Por el contrario Arias Pinelo, citado por Matienzo en la glosa 6.ª á la ley 3.ª, tít. 9.º, libro 5.º de la Recopilacion, número 2.º y siguientes, pretende que la donacion remuneratoria no se debe comunicar por no provenir de causa onerosa, sino lucrativa. Matienzo adhiere á esta opinion, y concluye diciendo en el número 8.º que la donacion remuneratoria, asi como la simple, y demas bienes castrenses no se deben comunicar con la muger en cuanto á la propiedad, pero sí en cuanto al usufructo.

20 En comprobacion de esta doctrina refiere Matienzo el caso del doctor Montalvo, á quien por sentencia de la Chancillería de Valladolid se le adjudicó la propiedad de ciertos réditos anuos que le habia dado el Rey en atencion á sus méritos y servicios, y los frutos se declararon por comunes en la demanda que le pusieron sus hijos, muerta su muger. Cuya causa se sentenció con asistencia de Palacios Ruvios, como lo afirma en la repetida rúb. *de donationibus inter virum et uxorem*, §. 65, número 65, en donde se ve que la pension concedida á Montalvo era de treinta mil maravedís.

21 Para la resolucion de esta duda me parece debe tenerse presente la diferencia que hay entre ganar en la guerra y adquirir por medio de donacion. En el primer caso obra la distincion que trae dicha ley 3.ª, como lo reconoce el mismo Matienzo en el número 9.º En el segundo se ha de decir que toda donacion, sea simple ó remuneratoria, ha de ser en cuanto á la propiedad de aquel á quien se hace, bien sea remuneratoria de méritos castrenses ó cuasi castrenses, y es la razon por qué asi como la do-

nacion simple es de aquel á quien se hace por dirigirse á la persona del donatario, del mismo modo la donacion remuneratoria se dirige á la persona del donatario, sin que se pueda pretender que los méritos varien esta direccion y adhesion personal, antes bien la coartan y determinan mas, siendo los méritos una cualidad inherente á la misma persona.

22 En comprobacion de esta doctrina está la misma ley 3.ª, que espresa que la donacion de un amigo á otro sea de aquel á quien se hace. No es dudable que la donacion que un amigo hace á otro se funda en los méritos del donatario para con el donante, y nadie ha pretendido que si estos méritos se han contraido durante el matrimonio deba ser comun dicha donacion á la muger, por lo que siendo aun mas privilegiada la donacion remuneratoria de méritos castrenses *vel quasi* que la de méritos comunes de un amigo á otro, si esta no se comunica á la muger tampoco las otras deben comunicarse.

23 No debe inferirse de esto que nunca podrá tener lugar la distincion que hace la ley entre lo que el marido gana en la guerra yendo por soldado, á cuando va sin ella, manteniéndose de los bienes comunes del matrimonio, si siempre que el Príncipe le haga una donacion remuneratoria de sus servicios se ha de entender que es privativamente del marido, sin que se comunique á la muger, y es la razon porqué la ley no habla de la donacion que el Príncipe hace al marido en remuneracion de sus servicios, sino de lo que gana este en el ejército de los despojos de los enemigos, como claramente lo manifiestan las palabras de que usa ley, á saber: "si el marido alguna cosa ganare en la hueste del Rey ó de otro" y no hay repugnancia en que la distincion se observe en este caso que claramente espresa la ley, y que en el caso de la donacion rija la doctrina que queda referida por las razones espresadas, y por la diferencia que se advierte entre ganar en la hueste y ganar ó adquirir por donacion.

24 En comprobacion de esto son notables las palabras de la ley 2.ª de este mismo título, que dice asi: "Y si fuere donadio de Rey, y lo diere á ambos, áyanlo marido y muger; y si lo diere al uno, áyalo solo aquel á quien lo diere." De aqui se ve que la ley supone que las donaciones han de ser privativamente de aquel á quien se hagan, sin que pueda pretenderse que dicha ley habla de las donaciones simples, y no de las remuneratorias, porque antes bien la presuncion está porque se debe entender de las donaciones remuneratorias, y es la razon porque habla dicha ley, como se ve por sus palabras: de los donadios que hace el Rey, y no se debe creer que el Rey como fiel administrador de las rentas públicas, haga donaciones de ellas sin otro objeto que el de ejercer la liberalidad, antes por el contrario manifiesta todos los dias la esperiencia que los Príncipes no usan de estas liberalidades sino con aquellas personas que se han distinguido por sus servicios á la corona.

25 No es de poco apoyo para la opinion que seguimos el evitar por este medio los inconvenientes que se seguirian de que las donaciones remuneratorias fuesen comunes al marido y muger en cuanto á la propiedad, especialmente en aquella especie de donaciones que consisten en una pension ánua, porque de aqui se seguiria que aun en el caso de que por ejemplo la donacion se hubiese hecho al marido faltando la muger, á quien pertenecia la mitad del capital por razon de la comunion, deberia perder el marido la mitad de la pension á prorata del capital ó propiedad que habia faltado por la muerte de la muger, y entonces esta mitad de capital, ó habria de volverse al donante contra su espresa voluntad, en la que habia manifestado queria durase la donacion íntegra por los dias del donatario, ó habria de transferirse á los hijos de la muger, como pretendian los hijos del doctor Montalvo, y entonces se seguiria otro mayor inconveniente, cual seria el hacerse hereditarias las pensiones vitalicias, no solo contra la voluntad espresa del donante, sino tambien con sumo perjuicio suyo. Ni puede decirse que en el caso presente por la muerte de la muger la mitad de la propiedad acrece al marido, en quien íntegramente continúa la pension; y el fundamento para no admitir esta salida es que el mismo derecho se le debe dar á la muger en las donaciones remuneratorias que consisten en pension, que en las que se hacen de cierta cantidad ó cosa por una vez; es asi que en las donaciones de esta especie no dirán los patronos de la opinion que impugnamos que acrece al marido por la muerte

de la muger la mitad de la cosa que pertenecia á esta, luego ni en el caso de que hablamos.

26 Ademas, si se admite este derecho de acrecer entre los consortes, se seguiria que si en el caso propuesto faltase el marido y sobreviviese la muger, deberia acrecer á esta la parte del marido, y se continuaria la pension integra en la persona de la muger contra la voluntad del donante, y con notable perjuicio de sus intereses.

27 Son tambien bienes adquiridos constante matrimonio para el efecto de comunicarse entre los consortes todos los frutos de los bienes de cualquiera de los consortes, aunque dichos bienes sean castrenses *vel quasi*, segun la declaracion espresa de la ley 5.ª, tit. 9.º, lib. 5.º de la Recopilacion.

28 Se requiere como condicion precisa para esta comunion de gananciales entre los consortes que vivan juntos, segun la ley 2.ª, tít. *eodem*. No debe entenderse esto materialmente, de forma que impidan esta comunion de bienes aquellas ausencias que hacen los casados sin mediar divorcio. Acevedo en la ley 6,ª, tít. 9.º, lib. 5.º de la Recopilacion, donde observa, fundado en las palabras de la misma ley, que no se requiere para que los casados hagan las ganancias comunes el que las adquieran viviendo juntos, sino que basta que se hagan durante el matrimonio aunque esten ausentes. Matienzo á ley 2.ª, glosa 1.ª, número 43, y mediando divorcio tendrá aun lugar la comunion de bienes en aquel de los consortes que no ha dado causa para la separacion. Palacios Ruvios *in rubrica, de donationibus inter virum et uxorem*, §. 64, número 10. Matienzo, glosa *eodem*, número 45, y esto se ha de entender no solo en los bienes adquiridos antes de la separacion, sino tambien en aquellos que se adquiriesen despues, Palacios Ruvios, *loco citato*, Covarrubias *de matrimonio*, parte 2.ª, cap. 7.º, §. 1.º, número 7.º, Matienzo glosa *eodem*, número 48. Pero si la causa hubiere dado la muger, se le dará parte al marido de los bienes que ella ganare: Matienzo, *ibidem* número 54.

29 Finalmente quiere nuestra ley de Toro que por el delito de uno de los consortes no cese entre los mismos la comunion de los bienes gananciales, hasta que por sentencia se declaren confiscados los bienes del delincuente, ó haber incurrido en la pena del delito, aun en el caso que esta se imponga *ipso jure*. De esto se infiere que en los delitos en que se impone la pena *ipso facto* no pierden los delincuentes el dominio y posesion de sus bienes hasta que por el juez sean declarados reos del delito que se les imputa, como lo prueba Molina *de justitia et jure*, *tract.* 2.º, disp. 95, donde satisface á los argumentos de Alfonso de Castro, que defiende lo contrario, esto es, la opinion afirmativa.

30 Francisco Suarez en el lib. 5.º, cap. 8.º, número 3.º, *de legibus*, sigue la opinion de Molina, especialmente en aquellas penas que privan á los delincuentes de alguna cosa que tenian y poseian, y para la ejecucion de dichas penas era necesaria la accion del mismo delincuente, como sucede cuando se priva á alguno de cierta parte ó del todo de sus bienes, en cuya posesion se hallaba, ó de algun beneficio eclesiástico &c., á causa de que para verificarse la espresada pena se necesita la accion del delincuente, por la que haga la dimision ó abdicacion de los bienes de que la ley le priva; pero en las penas que no es necesaria la accion del delincuente en el modo que se ha referido, opina que si la ley pone la cláusula de *ipso facto* ú otra equivalente, se incurre en la pena antes de la sentencia del juez, cap. 9.º, número 1.º, donde entre las penas que no necesitan la accion del delincuente, pone aquellas que le privan de la voz activa ó pasiva en las elecciones, ó le constituye incapaz de adquirir bienes algunos &c. en cuyos casos ninguna accion es necesaria para que se cumpla la pena de la ley.

31 A esta distincion de Suarez corresponde la disposicion de la ley 4.ª, tit. 6.º, partida 7.ª, donde refiriéndose varios hechos que infaman á los hombres, ordena que por cualquiera de ellos sean infamados aunque no sea dada contra ellos sentencia, porque la ley y el derecho los infama, cuya pena ciertamente es de aquellas que no necesitan de la accion del delincuente para su ejecucion.

32 Pero séase lo que se quiera de la distincion que se ha referido de Suarez entre las penas que necesitan de la accion del hombre para su ejecucion, y en que no la han de menester, lo cierto es que siempre que la ley dispone que la pena se incurra *ipso facto ó ipso jure*, debe atenderse á las palabras subsiguientes con que esplica su intencion el legislador, que algunas veces es

de imponer mayor obligacion, y otras no, en lo que está conforme el mismo Suarez en el número 6.º del citado capítulo 8.º, donde despues de haber manifestado en el número 3.º que las palabras *ipso facto ó ipso jure* siempre producen algun efecto, cual es el de considerarlas como una sentencia condenatoria que en cierto modo disminuye en el reo la facultad del uso de sus bienes hasta que se da la sentencia declaratoria, en virtud de la cual se retrotrae su virtud y eficacia al tiempo en que se cometió, el delito, sin obligar antes al reo á hacer abdicacion de sus bienes, dice que no deben ampliarse los efectos de estas leyes penales por la razon general de que las penas mas bien se deben templar y disminuir, que aumentar y agravar, y porque el uso comun las interpreta de este modo; y siempre que las leyes quieren imponer mayor obligacion añaden otras palabras con que esplican mas su intencion.

33 En confirmacion de esta doctrina cita Suarez en el mismo número el cap. *19 de hereticis in* 6.º, en el que sin embargo de imponerse la pena de confiscacion de bienes *ipso jure* á los que han incurrido en el delito de heregía, se ordena que antes que el Soberano pase á ejecutar la ocupacion de los bienes, haya de preceder la sentencia del obispo declaratoria del crímen, con cuya limitacion claramente se manifiesta que las palabras *ipso jure* no deben entenderse con el rigor que á primera vista indica la espresion.

34 La ley 4.ª, título 2.º, partida 7.ª, presenta un claro testimonio de la doctrina que se ha referido de Suarez: tratándose en ella del que ha cometido el delito de traicion, se dispone que ningun contrato que haya hecho el reo desde que comenzó á andar en la traicion hasta el dia en que se dió la sentencia contra él no deba valer, dando por razon: "cá maguer fuese en tenencia de los bienes á la sazon que los enagenaba, perdido habia ya el señorío por su maldad, y era ya de la cámara del Rey," donde se ve que despues de suponer la ley que el reo ó delincuente está privado del dominio de sus bienes, todavia requiere que subsiga una sentencia declaratoria del delito, la que en realidad tiene el efecto retroactivo al tiempo que se cometió. Conforma esta ley con lo dispuesto en la ley 8.ª, C. *ad legem Juliam majestatis.*

35 Todavia está mas clara en este punto la ley 3.ª, tít. 18, lib. 8.º de la Recopilacion, en que el Rey don Juan el II haciéndose cargo de que algunos de sus vasallos habian sido privados de sus bienes y oficios por delito de traicion, asi por los Reyes sus progenitores como por él mismo, sin haber sido antes oidos, mandó que fuesen citados ante sí, y compareciesen para oirlos y administrarles justicia, dando por razon que no era su voluntad que los tales pierdan sus bienes y oficios sin que primeramente sean oidos y vencidos, y se guarde lo que las leyes de nuestro reino en tal caso mandan. En cuyas disposiciones claramente se da á entender que para incurrir en las penas que se imponen *ipso facto ó ipso jure*, siempre es necesario que preceda una sentencia por lo menos declaratoria del delito.

36 Lo contrario se ha de decir en los casos de que habla la ley 5.ª, tít. 11, lib. 5.º de la Recopilacion, en que ordenaron que en la venta de mercaderías y mantenimientos ni otras cosas algunas, no sean osados los que vendieren ó contrataren á pedir el precio por reales ni medios reales, sino por maravedís, bajo la pena "que la persona ó personas que lo contrario hicieren por ese mismo hecho sin preceder á ello ni para ello otro, conoscimiento de causa ni otra sentencia ni declaracion alguna, hayan perdido y pierdan la mercadería ó mercaderías, mantenimientos ó proveimientos ó otras cualesquiera cosas que asi vendieren por que pidieren los dichos reales ó medios reales, y sea repartido en esta manera la tercia parte para el que lo acusare, y la otra tercia parte para el juez que lo sentenciare, y la otra tercia parte para nuestra cámara y fisco."

37 Si puede conciliarse la contradiccion que á primera vista presenta la disposicion de esta ley en la parte que ordena que el vendedor que pide por reales y medios reales pierda por el mismo hecho la cosa que intenta vender, sin que preceda otro conocimiento de causa, ni otra sentencia ni declaracion alguna, con la que subsigue en que hace el repartimiento de los bienes confiscados, y señala una tercera parte al juez que sentenció la causa, lo que en mi concepto no admite conciliacion, á no ser con la esplicacion arriba insinuada, de que en los casos de que las penas se imponen *ipso facto ó ipso jure*, siempre debe preceder para su ejecucion la senten-

cia declaratoria del delito; habrá de decirse que la presente ley es de aquellas que dice Suarez, que por las subsiguientes palabras al *ipso facto ó ipso jure*, manifiestan quieren imponer mayor rigor esplicando mas su voluntad, de que pone un ejemplo en el número 10, tomado del cap. 14 *de elect. in* 6.º, en el que se ordena que si el que recibe un beneficio parroquial sin estar ordenado de sacerdote, y no se ordena por culpa suya dentro de un año, se le impone la obligacion de renunciarlo, cuya obligacion inmediatamente obra sus efectos en el fuero de la conciencia, como lo indican las siguientes palabras: *quod si intra idem tempus promotus non fuerit Ecclesia sibi commissa, nulla etiam premissa monitione presentis constitutionis autoritate privatus.*

38 Por último la decision de la presente ley debe considerarse como una declaracion auténtica de que las penas en que se impone privacion de bienes *ipso facto ó ipso jure*, no deben tener ejecucion sin que preceda la sentencia declaratoria, porque en ella hablándose generalmente de cualquier especie ó calidad de delito, y especificando el de heregía, se ordena que ni el marido por el delito de la muger, ni la muger por el del marido, pierda sus bienes el inocente, y la mitad de las ganancias habidas durante el matrimonio, hasta que por sentencia sea condenado el culpable, aunque el delito sea de tal calidad que imponga la pena *ipso jure.*

39 Acaso se dirá que la disposicion de la ley solo se dirige á los bienes del inocente, y no á los del culpado, el que deberá perderlos desde que cometió el delito; pero sin embargo, debe decirse que los bienes que quiere la ley que directamente sean declarados por la sentencia son los del delincuente, no los del que no ha tenido parte en el delito, y es la razon porque la sentencia en las causas criminales directamente se profiere contra los delincuentes, é indirectamente ó por consecuencia se absuelve á los inocentes.

40 Si, pues, al marido y á la muger les concede la ley que en caso de ser delincuentes no se ejecute en ellos la pena de privacion de sus bienes, aunque se imponga *ipso facto* ó *ipso jure*, hasta que preceda sentencia declaratoria del delito, no parece pueda alegarse ninguna razon sólida que coarte esta gracia y prerogativa á solo los casados, y no la estienda á las demas clases que no gozan de dicha cualidad.

41 Tampoco aprovecha decir que la disposicion de la ley no se coarta á los casados, sino que se estiende á todos los demas que viven en comunion de bienes con otros, á fin de que los bienes del inocente no se confundan con los del culpado, y la razon es clara, porque las causas criminales se instauran y ordenan para acreditar el delito, descubrir su autor é imponerle la pena correspondiente, sin descender á la averiguacion de los bienes del culpado; siendo, pues, este el objeto de toda causa criminal, es claro no pudo ser el fin que se propuso la ley el no perjudicar en sus bienes al inocente, á quien siempre le quedaba reservado el juicio de division ó particion para hacer constar los que eran de su pertenencia, de que se convence que la disposicion de la ley es comprensiva de toda causa criminal sobre cualquiera delito, sea cual se fuese el delincuente.

42 Quien quisiere instruirse mas en este punto puede consultar á Suarez en el libro citado desde el capítulo 5.º hasta el 10, donde refiere las varias opiniones de los autores que le habian precedido, é impugna con la solidez que acostumbra las que le parecen poco fundadas. En el capítulo 8.º, número 1.º, indica la razon porque en las censuras y suspension cuando se impone *ipso jure*, nace obligacion en el culpado á su observancia antes de la sentencia declaratoria.

43 Antes de concluir este Comentario no puedo menos de notar que la resolucion de la presente ley parecia escusada por ser cosa bien sabida que por el delito del marido, y vice versa por el de la muger, no debia ser privado el inocente de sus propios bienes ni antes ni despues de la sentencia, y Palacios Ruvios, que asistió á su formacion, nos dice que instó mucho para que se estableciese sin alegar otra razon que la comun y general que todos saben de que en los delitos solo sufre la pena el autor de ella.

Ley LXXVIII de Toro; es la 11, tít. 9.º, lib. 5.º de la Recopilacion.

La muger durante el matrimonio por delicto, pueda perder en parte ó en todo sus bienes dotales, ó de ganancia, ó de otra cualquier qualidad que sean.

COMENTARIO

á la Ley 78 *de Toro.*

1 Dispone la presente ley que la muger por delito propio pueda perder durante el matrimonio sus bienes, bien sean dotales, de ganancia ó de cualquier otra calidad.

2 Establecia el derecho civil que cuando la muger constante matrimonio se la condenaba por algun delito á pena capital por la que perdia la vida, la libertad ó la ciudad, adquiriese el marido la dote, ley 4.ª y 5.ª, ff. *de bonis damn.*, á no ser que fuese rea de lesa magestad, violencia pública, parricidio, veneno ú homicidio, porque en estos cinco casos se publicaba á favor del fisco la dote con esclusion del marido, *leg.* 3.ª, *eod. tit.*

3 Deseando el Emperador Justiniano reducir, no solo las penas corporales, sino tambien las pecuniarias, mitigándolas en parte, ordena en la novela 134, capítulo último, que aquellos que son acusados por delitos en los que las leyes imponen muerte ó proscripcion, si son convencidos ó condenados, sus bienes no deben pertenecer á los jueces ni sus oficiales, ni aplicarse al fisco, segun lo disponian las leyes antiguas, no siendo en el crímen *lesæ majestatis*, en el que manda se guarden las antiguas leyes. De donde infiere Antonio Matheo *de criminalibus ad* tít. 2., lib. 48, ff. cap. 3.º, número 22, que en el delito de parricidio, veneno, homicidio y fuerza pública, debe lucrar el marido la dote de la muger con preferencia al fisco.

4 Parece mas fundado, atendida la disposicion de dicha novela, que el marido no se prefiera al fisco en los cuatro delitos de que se hace mencion, fundándome en que en dicha novela se ordena la preferencia al fisco únicamente á los descendientes y ascendientes hasta el tercer grado, y caso de no haberlos se admita al fisco, y aunque en la misma se prefiere la muger en la dote y donacion á los ascendientes y descendientes, no es esta bastante razon para inferir que en el delito de la muger se ha de dar igual preferencia al marido, no solo respecto de los descendientes y ascendientes, sino tambien del fisco, no dirigiéndose la disposicion de la novela á mejorar la condicion de los maridos sino de los ascendientes y descendientes, y si los maridos no escluyen á estos, tampoco deberán escluir al fisco, que es llamado en su defecto.

5 Aunque esta ilacion parezca fundada en la novela citada, no deja de tener alguna inverosimilitud si se atiende á que solo habla de la muger espresando que por el delito del marido debe retener la dote y lucrar la donacion *propter nuptias*, pero se satisface con decir que habiéndose propuesto moderar las proscripciones es de presumir quisiese se observase en favor del marido lo que disponia en gracia de la muger cuando era reo el marido.

6 Jacobo Cujacio en la esposicion de esta novela advierte que en ella no se innova la disposicion de la novela 12 y 117 por las que se confiscan los bienes de aquel que contrae incestuosas nupcias, y de aquellos que despues de haber disuelto el matrimonio por el voto de castidad *violan la castidad*, faltan á ella.

7 Pregunta Antonio Matheo en el lugar citado si perderá la muger la donacion *propter nuptias* si por delito del marido se publican sus bienes; y aunque á primera vista aparece que á imitacion de lo que se ha dicho de la dote, que la lucra el marido por el delito de la muger, á escepcion de los cinco delitos espresados, debia la muger lucrar la donacion *propter nuptias*, sin embargo, resuelve que no guarda paridad la donacion con la dote en esta parte, porque el Emperador Constantino en la ley 24 C. *de donatione inter virum et uxorem*, sin hacer distincion de delitos conserva á la muger toda donacion del marido, como si este hubiera acabado por muerte natural y no por la pena. En lo que se ve es mejor la condicion de la muger que la del marido, pues no lucrando este la dote en los cinco delitos esceptuados, la muger lucra la donacion en todo delito del marido.

8 Se hace cargo que es posterior á la ley citada del Emperador Constantino la constitucion de los Emperadores Arcadio y Honorio que se halla en la ley 5.ª, C. *ad legem Juliam majestatis*, por la que en el §. 5.º se priva á las mugeres cuyos maridos fuesen reos de lesa magestad ó de traicion de las donaciones que hayan recibido de ellos, si ha sido con la condicion de reservar la propiedad á sus hijos, y dispone que las adquiera el fisco.

9 Satisfaciendo á esta dificultad dice que la constitucion del Emperador Cons-

tantino no se deroga por la de Arcadio y Honorio, sino se modera y tempera en la parte que adjudica al fisco las donaciones hechas á las mugeres con la condicion de que reserven á los hijos la propiedad, de cuya espresion infiere que si las donaciones no se hacen con esa condicion no tendrá preferencia alguna el fisco en ellas, sino que quedarán íntegramente de las mugeres, y asi concluye afirmando que en la donacion *propter nuptias* no tendrá derecho alguno el fisco si pertenece á la muger *pleno jure*, y no solo cuanto al usufructo, como cuando no tiene hijos de aquel matrimonio, ó aunque los tenga no pasa á contraer segundo matrimonio, ley 3.ª y siguientes, C. *de secundis nuptiis*, novela 2.ª, cap. 1.º y 4.º, y novela 22, cap. 23.

10 Corrigiendo la ley real de Toro las disposiciones del derecho civil, establece que pueda ser privada la muger por delito del todo ó parte de sus bienes, de cualquier naturaleza que sean, bien dotales, paraphernales ó adquiridos matrimonio constante.

11 En virtud de esta disposicion se priva al marido de lucrar la dote de su muger, no solo en los cinco delitos esceptuados en la ley 3.ª citada que quedaron reducidos á uno en el capítulo último de la novela 134, sino en todos los demas delitos comunes, haya ó no confiscacion de bienes, quedando la dote y demas bienes de la muger obligados á las penas fiscales, ó aplicados á la parte agraviada, de forma que el marido no solo no escluye al fisco y demas interesados en las multas pecuniarias de la muger, sino que ni priva á esta de la parte de la dote que le reste despues de satisfechas aquellas.

12 He dicho que el marido no priva á la muger de la parte de la dote que quede sobrante despues de satisfechas las condenaciones pecuniarias, porque no se crea que corrigiendo nuestra ley el derecho civil en la parte que concedia la preferencia al marido respecto del fisco en la dote de la muger delincuente, conservaba dicha preferencia ó derecho al marido de adquirir y lucrarse el sobrante de los bienes de la muger, satisfechas que sean las penas pecuniarias.

13 Las penas capitales por derecho civil se reducian á tres clases, á saber: por las que se privaba al reo de la vida, de la ciudad ó de la libertad, *leg.* 2.ª, ff. *de pœnis*. A estas penas era consiguiente la confiscacion de los bienes aunque no se espresase en la ley, *leg.* 1.ª y 2.ª, ff. *de bonis damn.*, y la 2.ª, C. *de bonis prosc.*, y Matei, tít. 18, cap. 2.º *de public. bon.*

14 Esta regla era general en los hombres. En las mugeres solo tenia lugar la confiscacion de la dote en los cinco delitos de que hace mencion la ley 3.ª citada. En las otras penas capitales en que no se confiscaba la dote se procedia con distincion, ó se disolvia el matrimonio, como sucedia cuando se hacia sierva de la pena, *leg.* 1.ª ff. *de divort*, y en tal caso lucraba el marido la dote, *leg.* 5.ª, ff. *de bonis damn.*, si no se disolvia el matrimonio por la pena capital que sufria la muger, como acontecia en la deportacion á alguna isla, permanecia la dote de la muger, aunque la retenia el marido todo el tiempo que duraba el matrimonio, y llegado el caso de disolverse este, podia la muger repetirla, *leg.* 5.ª, ff. *de bonis damn*, y Antonio Perez *in tít.*, C. *de bonis prosc.*, número 8.º

15 Solo, pues, en el caso de que la muger se hacia sierva de la pena, por la que perdia la libertad y se disolvia el matrimonio, lucraba para sí el marido la dote perdiéndola la muger, con que no habiendo entre nosotras esta servidumbre de la pena, y estando aun derogada por el Emperador Justiniano en el cap. 8.º de la novela 22, es consiguiente decir que en virtud de la ley de Toro no puede pretender adquirir para sí el marido la parte de dote que reste despues de satisfechas las multas en que haya incurrido la muger. Esto mismo denotan sus palabras. *Puede perder en parte ó en todo sus bienes*, pues si el marido adquiriera el sobrante se seguiria que siempre perdia la muger toda la dote. Se persuade esto mismo de la uniformidad con que habla la ley de la dote y de los demas bienes de la muger aunque sean paraphernales. Estos nunca los lucraba el marido por el delito de su muger, con que ni los dotales sobrantes deben hacerse del dominio del marido.

16 La regla de que el fisco adquiera la dote de la muger en los cinco delitos espresados no rige en el caso de que el marido haya estipulado adquirir la dote disuelto el matrimonio, segun se infiere de la ley 3.ª y 4.ª, ff. *de bonis damn.*, Antonio Gomez, número 3.º, Antonio Perez *loc. cit.*, y Marienzo en la ley 11, tít. 10, lib. 5.º

de la Recopilacion, glosa 2.ª, número 1.º, y en tal caso no siendo la pena de aquellos por las cuales se disuelve el matrimonio, lucrará el fisco la dote hasta que se verifique la disolucion del matrimonio, que entonces deberá restituirlas al marido, Gomez número 6.º

17 Esta misma escepcion admite la disposicion de nuestra ley de Toro, segun Gomez y Matienzo en los lugares citados.

18 Lo mismo debe decirse cuando la dote no es propia de la muger, sino de su padre ó algun estraño que estipularon se les volviera disuelto el matrimonio; Gomez número 6.º, y Matienzo *loc. cit.*, fundados en la ley 24, C. *de jure dot.*, la que espresamente dice que cuando se disuelve el matrimonio por delito de la muger, adquiere el marido la dote si esta se le dió al marido el padre ó el estraño sin pacto de que la volviese disuelto el matrimonio.

19 Como Justiniano por la novela 134, capítulo último, abolió las confiscaciones tanto en los bienes del marido como de la muger, disponiendo que los padres é hijos hasta el tercer grado escluyesen al fisco, escepto en el delito de lesa magestad, y que se le reservase á la muger ilesa la dote y donacion *propt. nupt.*, y si era pobre se le reservase la cuarta parte de los bienes del marido, novela 115, capít. 5.º, auténtica *præterea*, C. *unde vir et uxor*, dudan los autores si por derecho civil deberá entenderse tambien escluido el delito de heregía; Antonio Mateo en el capít. 2.º, citado número 6.º, intenta persuadir que el delito de heregía no se debe considerar como esceptuado por la novela de Justiniano; pero Antonio Perez en el C. *de bonis prosc.*, número 20, persuade lo contrario con leyes del derecho civil, no debiéndose estrañar que Mateo no las admita por favorecer su propia causa.

20 Nótese que la novela 134, en el capitulo último, solo habla de los delitos en que habia confesion por las leyes antiguas, por lo que se ha decir que en los demas delitos nada alteró, y asi como á la muger se le conserva la dote y donacion condenado el marido, es verosimil que condenada la muger se le conserve al marido la dote y donacion; Mateo cap. 3.º, tít. 2.º, lib. 48, ff. número 22.

21 Pero sea lo que fuere de esta cuestion, en nada contribuye á la inteligencia y esposicion de la ley real, la que sin distincion de delitos, generalmente sujeta la dote de la muger á las penas pecuniarias en que haya incurrido, bien deban aplicarse al fisco ó á cualquier otro interesado, no pudiendo dudarse que si la dote no goza privilegio respecto de las penas que no pertenecen al fisco, con mayor razon no podrá eximirse de las penas fiscales.

22 Por último, como la ley real iguala la dote con los demas bienes propios de la muger, conviene notar que estos son de cuatro géneros: dotales, paraphernales, adquiridos constante matrimonio y propios de la muger, de los cuales no tiene el marido la administracion. Matienzo en la glosa 4.ª de esta ley.

Ley LXXIX de Toro; es la 6.ª, tít. 2.º, libro 6.º de la Recopilacion.

Ordenamos é mandamos que las leyes de estos nuestros reinos que disponen que los fijosdalgo é otras personas, por deuda no puedan ser presos que no haya lugar ni se platiquen, si la tal deuda descendiere de delito ó casi de delito, antes mandamos que por las dichas deudas estén presos como sino fuesen fijodalgo ó exemptos.

COMENTARIO

á la ley 79 de Toro.

1 Dispone y declara la presente ley que las leyes que ordenan que los hijosdalgo y otras personas no puedan ser presos por deuda, no hayan de tener lugar cuando la deuda descendiere de delito ó cuasi delito, pues deben ser presos por dichas deudas como si no fueran hijosdalgo ó exentos.

2 Las leyes á que se refiere la presente, y por las que se les concedia á los hijosdalgo el privilegio de no poder ser presos por deuda, son la 4.ª y 5.ª del tít. 2.º, lib. 4.º del ordenamiento real, insertas en las leyes 4.ª y 5.ª, tít. 2.º, lib. 6.º de la Recopilacion.

3 La primera de dichas leyes es del Rey don Alonso XI en las córtes de Alcalá, en la que les concede á los hijosdalgo el privilegio, entre otros, de no poder ser presos por deuda, á no ser que sean arrendadores de los pechos reales, ni de ser puestos á cuestion de tormento, y la segunda, que es de los Reyes católicos, es confirmante de la antecedente.

4 Antes de tratar de los casos en que goza ó no de la exencion de poder ser preso por deuda, segun la presente ley, será conveniente indicar qué sea hidalguía, y quién sea hijodalgo con arreglo á nuestras leyes patrias.

5 El docto y erudito Otalora en su libro intitulado; *summa nobilitatis Hispaniæ*, en la parte 2.ª, capítulo 4.º, número 2.º, dice que no leyó jamás cómo y cuando empezaron los hijosdalgos en España; pero sin embargo de que se ignore el principio de la hidalguía, sabemos qué cosa es esta por la ley 3.ª, título 21, partida 2.ª, en donde nós dió el Rey don Alonso la descripcion de ella, diciendo que la hidalguía es nobleza que viene á los hombres por linage; y en la misma ley nos dice tambien que los hijosdalgos son los hombres escogidos de buenos lugares, *é que con algo*, que tanto quiere decir en lengua de España como *bien*; y que por eso los llamaron hijosdalgo, que muestra tanto como hijo de bien.

6 Se detienen comunmente nuestros autores en examinar la etimología de la palabra hijodalgo, que quiere que equivalga á hijo de bien, y cuál ha de ser el bien ó el algo de que ha de estar dotado el hijodalgo, y cómo debe entenderse que la hidalguía provenga á los hombres por linage; pero sin detenerme á entrar en estas discusiones que se encuentran entre otros en el señor Covarrubias en el lib. 4.º, cap. 1.º, número 9.º de sus varias, en Otalora capítulo 3.º, García glosa 8.ª, número 19 y 37 *de Hispan. nobilitate*, y Moreno de Vargas en el discurso 2.º de la Nobleza de España, me limitaré solo á decir que los hijosdalgo de que habla la presente ley son aquellos que tienen la hidalguía por linage que se comenzó en otros, y ellos la heredaron, como espresamente lo dice la ley 3.ª de la partida citada; pero esto no se ha de entender, segun el mismo Vargas, que la hidalguía se heredó de Adan ó de Tubal, que pobló á España, sino de aquellos en quienes comenzó y tuvo principio por la aceptacion del Rey, la cual ellos consiguieron por su virtud, por su seso, ó por su bondad, y la dejaron á sus descendientes, los cuales por ser de este su linage son llamados hijosdalgo por linage, pero no lo son sino por la gracia del Rey, fecha á ellos en cabeza de los primeros, la cual gracia es el orígen y el fundamento de sus hidalguías, y asi la definicion de Bartulo de que la nobleza es una cualidad concedida por el Príncipe, por la cual el que la tiene se hace mas que los plebeyos, consta ser verdadérisima, pues declara el ser y sustancia de la nobleza política, y comprende la que proviene por linage, porque esta mas propiamente es sucesion y continuacion de la que el Rey concedió al primero de aquel linage.

7 Febrero en el lib. 3.º, cap. 2.º, §. 3.º, número 143 de los cinco juicios, conviene con la doctrina de Vargas, diciendo que la nobleza ó hidalguía de Castilla es de privilegio, y en el número siguiente la divide en tres clases, siendo la primera una mera exencion de determinados tributos, y los que la gozan son tenidos por exêntos: la segunda en que se espresa que los concesonarios sean tenidos por hijosdalgo, y la tercera cuando espresamente se dice en el privilegio que los hacen hijosdalgo y á sus descendientes, y que sean hábidos y tenidos por tales, &c.: los que obtienen este privilegio y su posteridad legítima gozan de las inmunidades, distincion y franquezas que los compete á los hijosdalgo llamados de sangre, y aunque el primer concesonario sea hijodalgo de privilegio, sus descendientes lo serán necesariamente de sangre, porque en ellos es hidalguía heredada y no adquirida, y en el número 146 establece que la nobleza ó hidalguía de sangre es la que se hereda de aquellos á quienes se concedió y en quienes tuvo principio, y cita la ley 3.ª, tít. 21, partida 2.ª; de que debe concluirse que la nobleza es una cualidad civil y política que dimana del Príncipe, sin que nada tenga de natural, por lo que con razon dijo Ulpiano en la ley 32, ff. *de regulis juris*, que en cuanto al derecho natural todos los hombres son iguales.

8 Como una de las exenciones que propone la ley para que el hijodalgo pueda ser preso por deuda, es cuando esta procede de delito ó cuasi, no será fuera de propósito indicar lo que constituye uno y otro. Delito, segun Heineccio en las recitaciones del derecho civil, lib. 4.º, tit. 1.º, es un acto ilícito ó prohibido hecho espontáneamente, en virtud del cual queda obligado su autor á la restitucion ó á la pena.

9 Cuasi delito dice el mismo Heineccio en el título 5.º del mismo libro que es un hecho ilícito cometido con culpa sin dolo malo. Supuestos estos antecedentes entremos en la esposicion de la presente ley.

10 Disputan comunmente los autores

si el noble puede renunciar del privilegio de no poder ser preso por deuda civil, y Gomez en la presente ley, y Acevedo en la 5.ª, tít. 2.º, lib. 6.º de la Recopilacion, citando á Gutierrez, defienden la negativa. El señor Covarrubias en la parte 2.ª, al principio, número 17 de la Reeleccion *quamvis pact.*, trata latamente esta cuestion, y sostiene la opinion afirmativa, de cuya cuestion prescindo, así por no pertenecer directamente á la esposicion de esta ley, como porque se halla claramente decidida esta duda por el señor don Felipe III en la ley 14, tít. 2.º, lib. 6.º de la Recopilacion, donde espresamente declara que los nobles no puedan renunciar de este privilegio bajo pena de nulidad.

11 Resta ahora ver qué deuda se diga desciende de delito, *vel cuasi*, y es aquella que manda satisfacer el juez de resultas del delito ó cuasi delito, bien sea la restitucion de la cosa, resarcimiento de perjuicios ó pena pecuniaria del delito, como lo indica Gomez al fin del número 5.º

12 Estan exentos de poder ser presos por deuda segun esta ley todos aquellos que por derecho les corresponde este privilegio, y se hallan referidos en la curia Filípica, parte 2.ª, §. 17 del juicio ejecutivo.

13 Como de la regla que establecen las leyes de que los hijosdalgo y otras personas no puedan ser presos por deudas, esceptúa la presente ley aquellas que descienden de delito ó cuasi delito.

14 Se suscita la cuestion si el hijodalgo como fiador en causa criminal podrá ser preso por deuda, y Bobadilla en el lib. 3.º, cap. 15, número 24 de su política, afirma que aunque ha visto dudar en este punto, no lo ha hallado tocado por nadie, y despues de haber manifestado que las leyes que hablan de que el hijodalgo pueda ser preso por deuda que descienda de delito, deberia entenderse del delito cometido por él mismo, ó en caso de que estuviese culpado por alguna via de que naciese la obligacion contra él para pagar la condenacion pecuniaria, y no cuando está libre de todo punto de culpa, al número 26 asegura que vió que los alcaldes del crímen de la Chancillería de Valladolid siguieron la opinion contraria en una causa que se formó á un hijodalgo de Medina del Campo, á quien el corregidor de dicho pueblo prendió por una fianza que habia hecho de pagar lo juzgado y sentenciado en dicha causa, que era criminal, y aunque apeló de la injusta prision nunca le quisieron mandar soltar en fiado hasta que pagó la pecuniacion condenaria aplicada á la parte, de cuya opinion dice que fue Castillo en el Comentario á la presente ley, pareciéndole que la fuerza de la fianza y escritura cuarenticia obligó al hijodalgo y le sujetó á la dicha prision para hacer de deuda agena, suya propia, y con aquella misma calidad con que el reo estaba obligado.

15 Despues de referidas estas opiniones, continúa el mismo Bobadilla al número 27 proponiendo una distincion reducida á que el hijodalgo pueda y deba estar preso por la condenacion que se aplica á la cámara, á causa de que por la ley real que es la 3.ª, tít. 2.º, libro 6.º de la Recopilacion, es caso de falencia que haya de estar preso por los maravedís de haber del Rey, y tambien porque entonces verdaderamente se llama criminal la causa si la pena se aplica al fisco; pero cuando la pena se aplicase á la parte, en tal caso no puede estar preso, pues es causa civil, y respecto del hijodalgo no desciende de delito, y así se lo impute la parte que lo tomó por fiador. Hasta aquí Bobadilla.

16 En esta esposicion de Bobadilla se echa de ver en primer lugar, que habiendo sentado al número 24 que aunque habia visto dudar de si el hijodalgo que habia sido fiador de estar á derecho y pagar juzgado y sentenciado en causa criminal podia ser preso por la condenacion pecuniaria que se hiciese al reo, no habia hallado que ninguno tratase este punto, y al número 26 afirma que Castillo en el Comentario á la presente ley de Toro, glosa última, defiende la opinion afirmativa: mal puede conciliarse no haber visto quién tratase este punto con citar un autor que ya lo habia resuelto. En segundo lugar se echa tambien de ver que toda su distincion se reduce á cuándo la pena se aplica al fisco ó cuándo á la parte; en el primer caso afirma que el hijodalgo puede ser preso por la fianza que dió, y se funda en dos razones; primera en que es deudor al fisco, en cuyo caso está esceptuado de la regla general que le concede el privilegio de no poder ser preso por deuda civil, á no ser por deuda que descienda de maravedís del Rey; y la segunda porque siempre que la pena se aplica al fisco la causa se llama criminal; pero sin entrar en esta discusion debe advertirse

que no es lo mismo formarse la causa por delito que ser criminal, pues en ella pide el actor únicamente que se le indemnice del daño que ha recibido, entonces la causa es civil, aunque el delito haya dado causa á su formacion, á diferencia de cuando el actor pide el castigo del reo en satisfaccion de la vindicta pública, que en tal caso la causa será criminal, bien sea la pena corporal ó aplicada al fisco, como juiciosamente lo observa y advierte Julio Claro, número 5.°, §. final de su práctica criminal, cuestion 2.ª, §. *ex quorum*, donde dice que se llama el juicio civil cuando en él se procede por utilidad privada, bien descienda la causa de delito ó contrato, y criminal cuando se dirige á la utilidad pública, ya se imponga pena corporal ó pecuniaria á favor del fisco, de que se convence que no basta para que la causa se diga criminal que se haya formando por algun delito, sino que ademas se requiere que en ella se proceda criminalmente ó en desagravio de la vindicta pública, á la manera que en una causa civil que se instaura en virtud de obligacion que resulta de un instrumento cuarenticio, se llamará ejecutiva si en ella se procede ejecutivamente, y ordinaria si se sigue en juicio abierto y plenario.

17 Reconoce Bobadilla que cuando la pena se aplica á la parte no debe ser preso el hijodalgo por la fianza que dió por el reo, por ser la causa civil, y respecto del hijodalgo la causa no desciende de delito, con que en resúmen su distincion queda reducida á que cuando la pena se aplica al fisco la causa es criminal, y está comprendida en la disposicion de la ley de Toro, y cuando la aplicacion se hace á la parte es civil y goza el hijodalgo del privilegio de no poder ser preso por deuda, porque dice que entonces la pena no desciende de delito cometido por el hijodalgo, sin advertir que si vale esta razon tampoco en el caso que se aplica la pena al fisco la deuda desciende de delito cometido por el hijodalgo, y de consiguiente habia de gozar del privilegio, como manifestaré despues cuando proponga mi opinion.

18 El autor de la curia filípica en la parte 2.ª, §. 17, número 13, examina la misma duda y resuelve que el hijodalgo que fió á alguno en causa criminal puede ser preso por la condenacion asi tocante á la parte como al fisco, fundándose en que por la fianza en cuanto á esto se sujetó al delito del principal, é hizo de caso ageno suyo propio con calidad de reo, y cita por de su misma opinion á Castillo en la ley 79 de Toro, glosa final.

19 Alfonso Narvona en su Comentario á la ley 14, título 2.°, libro 6.° de la Recopilacion, glosa 1.ª, número 48, se propone discutir este punto, y suponiendo que la escepcion ó declaracion que hace la presente ley de la regla general de que los hijosdalgo y otras personas no puedan ser presos por deuda, no se ha de estender á los casos en que la deuda provenga de delito ó cuasi delito, sino que deben entenderse esceptuados de ella, dice que la razon de dicha escepcion ó limitacion se dirige á que el privilegio concedido á los hijosdalgo de no poder ser presos por deuda no le sirviese de pretesto para delinquir, por lo que se tuvo por conveniente hacer la declaracion que en la presente ley se contiene, y como en el caso de que el hijodalgo salga por fiador en causa criminal cesa la razon en que se fundó la ley para limitar el privilegio concedido á los hijosdalgo de no poder ser presos por deuda, de aqui es que no deben los hijosdalgo considerarse privados de su privilegio cuando salen por fiadores por alguno en causa criminal.

20 Corrobora su opinion reflexionando que el hecho de afianzar por otro es una obra de piedad y caridad, y no era de presumir que al que obrase impelido de estas virtudes quisiese la ley privarle del privilegio que antes gozaba, y cita el cap. 29 del Eclesiástico, en donde se gradúa de hombre de bien al que sale por fiador de otro: *vir bonus fide juvet proximo suo*, y tambien se vale del cap. 2.° de las decretales *de fideijusoribus*, en que habiéndose quejado un clérigo fiador de que despues de haber satisfecho por los afianzados se escusaban estos á pagarle, mandó el Papa que se les compeliese á hacerlo, dando por razon que no debia padecer perjuicio el fiador de un hecho porque merecia, y era acreedor á premio.

21 En apoyo de la opinion de Narvona puede alegarse que no basta que la deuda descienda de delito para privar al hijodalgo de su privilegio, sino que ha de ser dimanada de delito propio y no de ageno, sin embargo de que el fiador de delincuente reciba en sí la obligacion de este, la que no constituye al hijodalgo delincuente, sino obligado á satisfacer por él, al modo que si

el hijodalgo saliese por fiador de un plebeyo en causa civil, no podria ser preso por dicha obligacion, sin embargo de que podia serlo el principal, y es la razon por qué la fianza de un hijodalgo por un plebeyo no le comunica la cualidad de plebeyo, sino únicamente le constituye en la obligacion de satisfacer por él.

22 Supuestas las opiniones que se han referido, y las razones en que las fundan sus autores, paso á manifestar la mia, contraida á la duda propuesta de si el hijodalgo constituido fiador en una causa criminal puede ser preso para compelerle á satisfacer la pena pecuniaria á que se ha obligado, y soy de parecer que no.

23 Es constante, segun la espresion literal de la presente ley, que en las deudas que desciendan de delito, *vel quasi delicto*, los hijosdalgo no gocen de la exencion y privilegio de no poder ser presos, y que lo puedan ser en dichos casos, luego si cuando el hijodalgo constituye fianza en causa criminal la deuda que contrae no desciende de delito *vel quasi* no podrá menos de confesarse que no queda privado de su privilegio de no poder ser preso por deuda. Que la deuda que contrae el hijodalgo que sale fiador en causa criminal no descienda de delito *vel quasi*, es una verdad tan notoria y manifiesta, que admira se haya ocultado á todos los autores que he visto han tratado este punto, esceptuado Narvona, que la insinúa.

24 Para que en el caso de la cuestion la deuda descendiera de delito era necesario que el delito ó cuasi delito fuera causa de ella, porque de otro modo no puede verificarse que la deuda ú obligacion contraida por el hijodalgo sea efecto del delito, y está tan lejos de serlo, que no por el delito, sino por la fianza, se constituye deudor, y de consiguiente la deuda con propiedad, y en todo rigor de derecho, proviene y desciende de un contrato, en virtud del cual se obliga el fiador á la satisfaccion de su principal, con que es evidentemente cierto que la deuda contraida por el hijodalgo en el caso de la disputa no proviene de delito *vel quasi*, sino de un contrato accesorio á la obligacion principal que se constituye por medio de la estipulacion, segun Heineccio en el libro 3.º, tít. 21 *de fideijussoribus*, de las recitaciones en los elementos del derecho civil, donde dice que la fianza es un contrato accesorio y una verdadera estipulacion; y sino dígaseme si antes de constituir la fianza el hijodalgo estaba obligado á la satisfaccion de la pena que se habia de imponer al reo, y si no lo estaba, como es indispensable decir, se sigue necesariamente que por la fianza, y no por el delito, se constituyó deudor. ¿Y en tal caso podrá negarse que la deuda no procede de delito *vel quasi*, sino de un contrato? y procediendo de contrato ¿podrá ser comprendida en la decision de la presente ley, que espresa y literalmente priva al hijodalgo del privilegio de no poder ser preso por deuda cuando esta desciende de delito *vel quasi*?

25 Diráse acaso que si por la fianza se contrae una obligacion accesoria á la principal, debe participar de su misma naturaleza; pero esto podrá ser cierto en cuanto á la precision de satisfacer la deuda y cualidad de ella; pero no en el medio y modo de exigirla, esto es, la pena en el reo desciende de delito y es pecuniaria, y en el fiador, aunque conserva la misma cualidad, es la fianza.

26 He dicho que Narvona insinúa esta diferencia á causa de que en la ley 4.ª, título 2.º, lib. 6.º de la Recopilacion, número 57 de dicha glosa, observa que la obligacion que contrae el hijodalgo constituido fiador en causa criminal no desciende de delito, sino de contrato, y asi afirma que la obligacion *fideijussoria* mas bien se ha de decir que se ha contraido por el delito, que el que descienda del mismo, que son cosas muy diversas.

27 Ya habia dicho al número 54, en corroboracion de su opinion, que supuesto que para que el noble pierda el privilegio de su inmunidad es necesario que la deuda descienda de delito, y como para que se verifique esto es preciso que descienda de la perpetracion del mismo delito, segun la ley 4.ª, ff. *de actionibus et obligationibus*, y el §. inicial de las instituciones *de obligationibus quæ ex delito nascuntur*, donde hablando de estas dice el Emperador Justiniano *hæ vero unius generis sunt, nam omnes renascuntur, id est, ex ipso maleficio, veluti ex furto, rapina, damno, injuria*, y como la deuda que contrae el noble por la fianza dada por el delincuente no se puede decir que tenga su orígen ó descienda de delito, por no nacer inmediatamente de algun delito cometido por el noble, sino de la subsiguiente obligacion contraida nuevamente por

el consentimiento de las partes, de aqui es que no se puede decir que descienda de delito, porque en realidad dada la fianza de pagar juzgado y sentenciado se encuentran dos obligaciones; la primera se ha contraido por la perpetracion del delito, y se dice que solo nace de él; la otra, que se produce por la convencion *fideijussoria*, se dice que mas bien nace del consentimiento que de algun delito, aunque por ocasion de él se constituya.

28 Todavia corrobora mas su opinion en el número 58, reflexionando que por la fianza que da el hijodalgo no se puede inferir que tácitamente renuncia de su privilegio, y el hijodalgo, segun la ley 14, título 2º, lib. 6º de la Recopilacion, aun espresamente no puede renunciar de su privilegio, de todo lo cual infiere y concluye que tiene por verdaderísimo y muy constante que el hijodalgo que se ha constituido fiador en una causa criminal por el delincuente no puede ni debe ser preso por la deuda que resulte de la fianza.

29 Contrayendo la doctrina que hemos referido de Narvona acerca de la fianza dada por él hijodalgo en causa criminal, afirma este mismo autor en la glosa 2.ª, número 21 de dicha ley, que el hijodalgo que sale por fiador de un arrendador ó colector de las rentas reales no puede ser preso en virtud de la fianza, sin embargo de que podian serlo el arrendador ó colector, aunque tuvieran la cualidad de hijosdalgos, segun la ley 4.ª del mismo título, y establece en la glosa 1.ª, número 66, que aun cuando el hijodalgo sea deudor al fisco por otra causa que la de arrendador y colector de los derechos reales no puede ser preso segun la espresada ley, donde cita varios autores de su opinion, é infiere en el número 68 que es falsa la opinion de Bobadilla que se espresó arriba, de que por cualquier deuda á favor del fisco puede ser preso el hijodalgo.

30 Supuestas las razones que espuse arriba cuando fundé mi opinion, y las que posteriormente he visto en Narvona y dejo referidas, tengo por constantemente cierta y verdadera la opinion de que el hijodalgo constituido fiador en una causa criminal no puede ser preso por la deuda que contrae y resulte, atendida la natural y genuina inteligencia de las palabras de que usa la presente ley de Toro, "si la tal deuda descendiere de delito ó cuasi delito."

Ley LXXX de Toro; es la 2.ª, tit. 20, libro 8.º de la Recopilacion.

El marido no puede acusar de adulterio á uno de los adulteros, seyendo vivos mas que á ambos adúltero é adúltera los haya de acusar ó á ninguno.

COMENTARIO

á la Ley 80 de Toro.

1 Dispone la presente ley que el marido no pueda acusar de adulterio a uno de los adúlteros estando vivos los dos, sino que ha de acusar á ambos ó á ninguno.

2 Siguiendo el método propuesto de referir las disposiciones del derecho comun antes de llegar á hablar de las decisiones reales, es consiguiente tratar de las personas que pueden acusar á los adulteros, y del tiempo y forma con que lo deben hacer.

3 Tres eran las clases de personas que podian acusar del delito de adulterio. El marido, el padre de la adúltera y cualquier estraño, con tal que no fuese menor de veinte y cinco años, segun la ley 15, §. 6.º, ff. *ad leg. J. de ad.* De aqui procedia que la acusacion del delito de adulterio se proponia *jure mariti*, *jure patris* y *jure estranei.* De cada una de estas maneras de formar la acusacion se hablará separadamente para notar con claridad sus diferencias.

4 Como la injuria que se causa por el adulterio directa y principalmente ofende al marido, le concedian las leyes á este la preferencia entre todos los que podian acusar de adulterio para que vindicase su honor, por presumirse que seguiria la acusacion con mayor ira y dolor, *leg.* 2.ª, §. 8.º *ad leg. Jul. de ad.* Se le concedia al marido, aun siendo menor de veinte y cinco años, poder acusar á su muger, *leg.* 15, §. 6.º, ff. *ad leg. Jul. de ad.* Aunque regularmente se puede acusar á muchos á un tiempo de un mismo delito, en el de adulterio no se puede acusar á un mismo tiempo á la adultera y al adúltero, *leg.* 15, §. 9.º, ff. *ad leg. Jul. de ad.* La razon de esto, segun Cujacio en la ley 8.ª, tit. 9.º, lib. 9.º, C. *de leg. Jul. de ad.*, es para refrenar el demasiado conato y deseo del acusador, que en esta causa no se contenta con un reo solo. Ni es por la ley Julia la pena de este delito tan acerba como la de los demas. Esto no obstante puede á

un tiempo hacerse la acusacion del adúltero y adúltera por dos distintas personas, *leg.* 17, §. 6.º, ff. *ad leg. Jul. de ad.*

5 Debe el marido antes de acusar á su muger ó al adúltero hacer dimision de ella, disolviendo el matrimonio, *leg.* 11, §. 10, ff. *ad leg. Jul. de ad.*, y en este caso le es libre acusar al que quiera de los adúlteros, *leg.* 5.ª *et* 15, §. 8.º, ff. *ad leg. Jul. de ad.* Si despues de dimitida su muger, esta se casase con otro debe acusar antes al adúltero, *leg.* 2.ª, ff. *h. t.*, á no ser que hubiese denunciado el juicio á la dimitida antes de casarse, *leg.* 16, ff. *h. t.* Se distingue el estraño del marido en esta parte en que el estraño puede acusar al adúltero antes de disolverse el matrimonio, *leg.* 39, §. 1.º, ff. *h. t.*, pero no á la adúltera, á no ser que antes haya convencido de alcahuete al marido, *leg.* 26, ff. *h. t.* Disuelto el matrimonio tiene el estraño para acusar á los adúlteros el mismo arbitrio y facultad que queda dicho del marido, *leg.* 5.ª *et* 39, §. 3.º, ff. *h. t.*, y Antonio Mathei, tomo 1.º, tít. 1.º *de publicis judiciis*, capítulo 4.º, número 4.º Lo mismo que se ha dicho del estraño debe entenderse del padre, por no gozar preferencia ninguna en este punto.

6 El tiempo que se concede para proponer la acusacion del delito de adulterio es de cinco años continuos, *leg.* 31, ff. *h. t.* y ley 5.ª, C. *h. t.*, con esta diferencia, que al adúltero le empieza á correr y computársele el quinquenio desde el dia que cometió el adulterio, *leg.* 5.ª C. *h. t.*, y á la adúltera le corren los seis meses útiles que se conceden para poderla acusar desde el dia del divorcio, los cuales se han de computar de modo que no escedan del quinto, que es decir, que si al marido le faltan tres meses para cumplirse el quinquenio de haber cometido el adulterio su muger, y la repudiase, no tendrá mas tiempo para ponerla la acusacion que el de los tres meses que faltaban para concluir el quinquenio, *leg.* 29, §. 5.º, ff. *h. t.* En las viudas se empiezan á contar los seis meses desde el dia que se cometió el adulterio, *leg. ead.* §. 5.º

7 De estos seis meses continuos que se conceden para acusar á la adúltera, los sesenta primeros dias son útiles, y se dan al marido y padre de la adúltera para que la puedan acusar *jure mariti, vel patris*, y los cuatro meses restantes se dan á los estraños para acusarla, y tambien alcanzan al marido y padre si quisieren acusar *jure extranei.* No puede el marido ni el padre acusar *jure mariti, vel patris* al adúltero, porque como observa Cujacio en la ley 6.ª, C. *h. t.*, tanto el padre como el marido son estraños respecto del adúltero.

8 Cuando el marido propone la acusacion *jure mariti* tiene el privilegio de ser preferido á los demas acusadores, *leg.* 14, §. 2.º, *leg.* 15, §. 3.º, ff. *h. t.*, *et leg.* 30, C. *h. t.*, *et leg.* 2.ª, §. 8.º, ff. *h. t.*, y de no incurrir en la pena de calumniador si acaso no prueba la acusacion, *leg.* 6.ª *et* 30, C. *h. t.* Aunque la ley 14, §. 3.º, ff. *h. t.* afirma que el que acusa *jure mariti* no evita de incurrir en la pena de calumniador, responde Cujacio en la ley 6.ª, C. *h. t.*, que esto debe entenderse cuando la calumnia del marido es manifiesta, pero no cuando con buena fé propuso la acusacion. La misma esposicion de Antonio Mathei en el tomo 1.º, tít. 10 *de publicis judiciis*, capítulo 4.º, número 7.º, pero discordan estos dos autores acerca de si al padre le compete el mismo derecho de poder acusar á la hija sin peligro de tenerse por calumniador. Dice Cujacio que el padre en esta parte goza el mismo privilegio que el maridó, y refiere en el lugar citado de la ley 6.ª, C. *h. t.*, la autoridad del jurisconsulto Pablo en el libro único *de adulteriis*, que dice asi: *jure mariti vel patris, qui acussat potest, sine calumniæ pœna vinci.* Antonio Mathei, fundado en la ley 30, ff. *h. t.*, que dice, *pater sine periculo calumniæ non potest agere*, y es del mismo jurisconsulto Pablo, afirma que el padre no participa del privilegio del marido de no sujetarse á la pena de calumniador. Sin detenerme á examinar los fundamentos con que cada uno de estos autores apoya su opinion, solo digo que á la ley que cita á su favor Antonio Mathei fácilmente se le puede acomodar la misma esposicion que ha dado la ley 14 que habla del marido, pero á la que cita el Cujacio no hay otra solucion que le cuadre sino confesar que el jurisconsulto Pablo igualó en este punto el derecho del padre y del marido, ó que hay una contradiccion manifiesta entre la autoridad que refiere el Cujacio de Julio Pablo y la ley 30, ff. *h. t.*, que es del mismo jurisconsulto.

9 De lo dicho acerca del padre y marido en cuanto á poder acusar, sin peligro de incurrir en la pena de calumnia, á la adúltera se infiere que los estraños quedan sujetos á esta pena, siempre que no probaren

el delito que se han propuesto. No pueden los estraños acusar á la adúltera constante matrimonio sin haber convencido antes al marido de alcahuete, *leg.* 26, ff. *h. t.*; pero sí al adúltero, una vez disuelto el matrimonio queda al arbitrio de los estraños el poder acusar antes al que quieran de los adúlteros, *leg.* 5.ª, ff. *h. t.*, á no ser que la adúltera hubiere contraido segundo matrimonio, que en tal caso asi el marido como los estraños no pueden acusar á la adúltera hasta haber convencido antes al adúltero, *leg.* 11, §. 11, ff. *h. t.*; pero si antes de las segundas nupcias de la adúltera se le ha denunciado á ella ó á su casa la acusacion, entonces pueden tanto el marido como el estraño principiar por ella la acusacion, *leg.* 39, §. 3.º, ff. *h. t.*

10 Como la acusacion que se pone *jure mariti vel patris* es tan solamente contra la adúltera, porque respecto del adúltero, asi el marido como el padre son estraños, segun Cujacio en la ley 6.ª, C. *h. t.*, se sigue de aqui que tanto el padre como el marido para acusar al adúltero deben sujetarse á la pena de calumnia, no menos que cuando acusan á la adúltera despues de los sesenta dias *jure extranei*, *leg.* 6.ª, C. *h. t.*

11 Limitó el Emperador Constantino la acusacion de adulterio á cierto número de personas, á saber, al marido, padre, tio paterno y materno, escluyendo del todo á los estraños, *leg.* 30, C. *h. t.* Pretenden algunos que por esta constitucion de Constantino dejó el adulterio de ser delito público, supuesto que se les niega la acusacion á los estraños; pero responde Mathei en el lugar citado, número 11, que si por la constitucion de Constantino hubiera dejado el adulterio de ser delito público no lo hubiera referido Justiniano entre los de esta clase en el §. 4.º, tít. 18, libro 4.º *Inst.* Ni se dice un delito público porque la acusacion competa á cualquiera del pueblo, sino porque comunmente sucede asi, §. 1.º, título 18, lib. 4.º *Inst.* Añade Mathei que los delatos no son públicos, porque precisamente la acusacion corresponda á cualquiera del pueblo, sino porque han de tener una pena cierta establecida por la ley; pero por esta parte no parece debia esceptuarse el adulterio de la clase de los delitos públicos.

12 Quiere el Mathei que bajo los nombres de las personas que se espresan en la ley 30, C. *h. t.* se comprendan tambien otras en quienes parece milita la misma razon; pero siendo esta constitucion de materia odiosa, y versándose acerca de un delito que las leyes han distinguido con unas prescripciones ó escepciones muy particulares, y nada comunes con las de otros delitos, parece mas conforme atenerse á lo literal de la constitucion de Constantino, sin estender á otras personas la facultad de acusar á los adúlteros. Si el marido ó padre dentro de los sesenta dias dijeren no querian proponer la acusacion á la adúltera, inmediatamente empieza á correr el tiempo á los estraños, *leg.* 15, §. 5.º, ff. *h. t.*

13 Tambien el Emperador Justiniano corrigió en parte el derecho antiguo en la novela 117, capítulo 8.º, §. 2.º, en la que manda que para que el marido pueda proponer la acusacion contra el adúltero ó adúltera se deba sujetar á la pena de calumnia, en lo que lo iguala con los estraños. Al mismo tiempo concede al marido pueda proponer la acusacion de adulterio á su muger constante matrimonio, y probado que sea el adulterio tendrá lugar el repudio.

14 Eran varias las prescripciones ó escepciones que correspondian á los adúlteros. De algunas queda hecha mencion, y otras se podrán ver en Mathei en el lugar citado, número 15. Los Emperadores Diocleciano y Maximiliano tratando de estas prescripciones, parece quisieron abolirlas todas en la ley 28, C. *h. t.*, esceptuando únicamente la prescripcion del quinquenio, la del lenocinio con que se reconviene al marido, y la que compete á la que casó con otro despues del divorcio. Dudan los autores si en virtud de esta ley quedaron abolidas todas las demas prescripciones, y resuelven, segun Mathei *loc. citat.*, y Cujacio en la ley 28, C. *h. t.* que solamente se entienden abolidas aquellas prescripciones que son ilusorias, moratorias y capciosas, como mas claramente lo da á entender en el libro 27, observacion 15. Acerca de la prescripcion de lenocinio estan encontrados los dictámenes de dos célebres jurisconsultos, á saber, Scevola en la ley 47 *de soluto matrimonio*, ff., afirma que tiene lugar la prescripcion de lenocinio contra aquel que contribuyó al adulterio. Ulpiano al contrario resuelve en la ley 2.ª, §. 5.º, ff. *h. t.*, que si el marido en juicio público hace rea de adulterio á su muger, aunque esta alegue el lenocinio del marido, no lo repelerá de la acusacion, y da esta razon porque el

lenocinio del marido le grava á él, pero no escusa á la muger.

15 Aunque Mathei, siguiendo á Duareno, propone como conciliables estas dos leyes, diciendo que la prescripcion de lenocinio es dilatoria, no perentoria, y que si es propuesta antes de la *litis* contestacion repele al marido de la acusacion, pero no si es despues de contestada la *litis*; desconfiando de la solidez de esta esposicion propone el medio de confesar que Ulpiano y Scevola no estan acordes, y que el dictamen de este último lo confirma la ley 28, C. *h. t.* Miguel Legio en las notas al Mathei pretende desvanecer la conciliacion del Duareno, manifestando que uno y otro jurisconsulto tratan de la prescripcion de lenocinio, que se alega para escluir la acusacion, y que esto mismo convence que hablan de ella como propuesta antes de la *litis* contestacion. No es mas feliz que Duareno Legio en la conciliacion que propone, y es decir que Ulpiano trata de la prescripcion de lenocinio que opone al marido acusador su muger, y que Scevola y los Emperadores hablan de la misma escepcion propuesta por otros, esto es, por los adúlteros.

16 Por poco que se reflexione se conocerá que esta conciliacion es un juego de palabras que nada varían en lo substancial. En la ley de Ulpiano la muger dice que es la que opone la prescripcion al marido, y en la ley de Scevola los mismos adúlteros, como si la muger no fuera uno de los adúlteros, ademas que no siendo permitido al marido acusar á un tiempo á los dos adúlteros, no podrá verificarse que estos le oponen la prescripcion, y de consiguiente se sigue que Scevola trataria de un caso que no podia suceder. A esto se añade que las palabras de que usa Scevola no dan el menor motivo para atribuirles esta esposicion, antes bien manifiesta que trata de cuando la muger propone la prescripcion de lenocinio, contra el que habiendo contribuido á él pretende acusarla de adulterio. Véanse sus palabras: *si tamen ex mente legis sumet quis, ut nec accusare possit, qui lenocinium uxori præbuerit audiendus est*; cuyo caso viene a ser el mismo que del que habla Ulpiano, segun la esplicacion de Legio.

17 Son las leyes de las siete partidas, como se ha observado en otra parte, una copia ó declaracion del derecho comun de los romanos, y por lo tanto en cuasi nada discrepan de este. Quiere la ley 2.ª, tít. 17, partida 7.ª, que á la muger casada permaneciendo en compañía de su marido nadie la pueda acusar de adulterio sino su marido, el padre de ella, su hermano ó sus tios paternos y maternos, hermanos de su padre ó madre, siendo preferido á todos el marido, y en defecto de este el padre. Disuelto el matrimonio por juicio de la santa Iglesia, ordena la ley 3.ª que pueda el marido acusar á la muger dentro de sesenta dias útiles de como fue partido de ella, y ño probando el marido el adulterio dentro de los sesenta dias útiles no incurre en pena alguna, como ni tampoco el padre de ella; pero pasados estos sesenta dias le es lícito á cualquiera del pueblo acusar á la adúltera hasta cuatro meses, que deben contarse en la manera que se ha dicho se cuentan los sesenta dias. Tambien dispone que la muger que es acusada de adulterio despues de la muerte del marido lo ha de ser dentro de seis meses, de como cometió el adulterio, y no probando el adulterio dentro de este término se sujeta el acusador á la misma pena que habia de sufrir la acusada. Pero si el marido ú otro estraño (por cuya espresion se ha de entender cualquiera de las personas que se señalan en la ley 2.ª, segun Gregorio Lopez, glosa 11) acusasen á la muger antes de disuelto el matrimonio, si no probasen lo que dicen, y entendiere el juez que maliciosamente se movian á poner la acusacion deben sufrir la misma pena que ella recibiria. Con este temperamento debe entenderse la ley 13, tít. 9.º, partida 4.ª, que parece habla generalmente sujetando al marido á la pena del talion, y aunque la ley 15, título 9.º, partida 4.ª, dispone que el que ha de acusar criminalmente de adulterio á su muger debe suscribirse en la pena del talion, Gregorio Lopez en la glosa 3.ª á esta ley afirma no está en uso entre nosotros esta suscripcion, porque se retraerian los acusadores por las contingencias que pueden impedir la probanza de los delitos.

18 Manda la ley 4.ª que la acusacion de adulterio se ha de poner dentro de cinco años de como se cometió el delito, á no ser que hubiese sido ejecutado con fuerza, que entonces podia ser acusado el adúltero hasta treinta años, y advierte que este tiempo del quinquenio se ha de observar cuando el matrimonio no se ha separado por muerte del marido ó por juicio de la santa Iglesia, porque entonces quiere que se guar-

den los tiempos que señala en la ley antecedente, que son, en el caso de la muerte del marido seis meses contaderos desde el dia del adulterio, y en el de separacion seis meses desde este dia.

19 Continuando las leyes de partida en ordenar lo concerniente á esta materia, dispone la ley 7.ª las escepciones que se pueden oponer á la acusacion de adulterio. Propone en primer lugar el transcurso del quinquenio ó de los cuatro ó seis meses de que se trata en la ley 3.ª Tambien aprovecha para impedir la acusacion, si dijere la muger, por via de defensa antes de responder á la demanda, que no estaba obligada á responder por haber hecho el adulterio con consentimiento de su marido, ó que él mismo habia servido de alcahuete, y en cualquiera de estos dos casos manda la ley que se la dé por libre, no solo á ella, sino tambien al adúltero, debiendo recibir el marido la pena del adulterio. Pero si la muger despues de contestada la demanda propone esta escepcion, no la aprovechará, aunque si el marido no prueba la acusacion deberá imponérsele la pena de adulterio en virtud de esta escepcion. Esplica aun mas la ley la fuerza de esta escepcion, y dice que si la acusacion la propusiese algun estraño contra el adúltero, y el acusado opusiese la escepcion dicha antes de la contestacion de la demanda, y probare la defension, se ha de observar lo mismo que se ha dicho en el caso de la muger. Mas si la defension la propuso despues de la contestacion, aunque la pruebe, ni le aprovechará al acusado, ni dañaria al acusador.

20 Tres defensiones mas señala la ley 8.ª con que se impide la acusacion de adulterio. La primera si el marido habiendo empezado la acusacion contra su muger ó el adúltero desistiese de la acusacion con ánimo de no seguirla y despues la quisiese continuar. La segunda es cuando el marido de la adúltera dijese ante el juez que no la queria acusar. La tercera cuando despues de cometido el adulterio recibe el marido á su muger á sabiendas en su lecho ó casa. Todas estas tres defensiones oponiéndose en tiempo eximen al acusado de responder á la acusacion. Ademas de estas defensiones quiere la ley 9.ª que el hombre vil que habiendo cometido adulterio intenta acusar á su muger de este delito quede escluido de la acusacion, oponiéndole su muger esta defension, y probándosela antes de contestar á la demanda. Quiere tambien que sea defension para la muger el no haber probado la acusacion contra el adúltero el acusador, porque declarándolo por libre el juez, no está la muger obligada á contestar á su acusacion, y en tanto quiso la ley privilegiar en esta parte á la muger, que aun cuando se probase la acusacion contra el adúltero no perjudica á la muger para imponerle pena por el adulterio. Otra defension compete por esta ley á la muger, y es cuando casando segunda vez quiere el marido acusarla del adulterio cometido en el primer matrimonio, y se funda en que una vez que se prendó de ella, no la puede despues acusar de lo que antes hubiese hecho.

21 La ley 3.ª, tít. 7.º, lib. 4.º del fuero real, limita la acusacion del delito de adulterio á solo el marido, prohibiendo que cualquiera del pueblo pueda acusar á la muger, si el marido no la quisiere acusar, ni permitir que otro la acuse, y la decision de esta ley asegura Gomez en la ley 80, número 49, que está en uso y se practica, que es el requisito esencial para que rijan las leyes del fuero real, las que sin embargo de ser anteriores á las de partida no se corrigen por estas. Lo mismo infiere Acevedo en la ley 1.ª, tít. 20, lib. 8.º de la Recopilacion, en cuanto á que solo el marido puede acusar á la muger. Tambien lo persuade nuestra ley 80, en que haciendo mencion únicamente del marido, le prohibe que pueda acusar de adulterio á uno de los adúlteros dejando al otro.

22 Quiere la ley 4.ª, tít. 7.º, lib. 4.º del fuero real, que si la muger acusada de adulterio opusiese al marido el mismo delito, y se lo probase, quede libre de responder á la acusacion, y lo mismo dispone la ley 29, tít. 1.º, partida 7.ª, para el caso que la muger acusada de adulterio por un tercero ponga la escepcion contra su marido en calidad de testigo de que habia cometido el adulterio por su consejo ó mandado. Pero la disposicion de estas leyes las corrige la ley 3.ª, título 20, libro 8.º de la Recopilacion, que prohibe á la muger valerse de esta escepcion para dejar de responder á la acusacion del marido.

23 Puede dudarse con algun fundamento si esta ley 3.ª, tít. 20, lib. 8.º de la Recopilacion, que es la ley 2.ª, título 15, libro 8.º del ordenamiento real, que permite que el marido pueda acusar á los dos adúlteros ó á cualquiera de ellos, se deberá en-

tender corregida por nuestra ley 80, que espresamente prohibe el que el marido acuse á uno de los adúlteros sin acusar tambien al otro. Acevedo en esta ley 3.ª, número 23, se hace cargo de esta dificultad, y es de dictámen que se deben conciliar estas leyes sin recurrir á la correccion, diciendo que las palabras *ó cualquiera de ellos* se han de entender cuando sea posible, de forma que si los dos adúlteros estan vivos, los dos han de ser acusados; pero si ha muerto el uno de ellos, puede acusar al otro. Esta conciliacion parece muy conforme á las palabras de nuestra ley, que prohibe acusar á uno de los adúlteros, *seyendo vivos*, con cuya espresion manifiesta que no seyendo ó estando los dos vivos puede acusar á uno de ellos.

24 Reconoce Gregorio Lopez en la glosa de la ley 2.ª, tít. 17, partida 7.ª, que hoy en virtud de la ley 3.ª del fuero real, tít. 7.º, libro 4.º, aun en el caso de que haya negligencia de parte del marido, ninguno sino él puede acusar á su muger de adulterio, y que asi se practica. A continuacion suscita la duda si en virtud de la misma ley estará escluido el juez de poder proceder de oficio á inquirir sobre el delito de adulterio, y es de dictámen que no deberá proceder el juez de oficio, fundándose en que cuando generalmente se prohibe la acusacion, tambien parece debe entenderse prohibida la inquisicion, y aun en el caso de limpiar los jueces sus provincias de los hombres facinerosos, dice que no deben espeler á las mugeres adúlteras, aunque públicamente sean reputadas por tales. Por la ley 36, tít. 6.º, lib. 3.º de la Recopilacion se encarga á las justicias castiguen todos los pecados públicos, y entre ellos se espresa el amancebamiento. El mismo encargo hace la ley 16, tít. 6.º, lib. 2.º, número 4.º de la Recopilacion, á los alcaldes de corte, y pretender otra cosa seria querer que el santo sacramento del matrimonio fuese asilo de toda especie de pecados públicos, y en especial de aquellos que dicen tanta oposicion con sus santos fines, y se oponen directamente á ellos.

25. Bobadilla en su política, libro 2.º, cap. 13, número 47, reconoce en los corregidores la facultad de desterrar por razon de escándalo á las mugeres casadas, aunque sean de *buena estofa*, y afirma haberlo asi practicado.

26 Gregorio Lopez apoya su opinion en que sin la acusacion del marido no pueden ser castigadas por adúlteras las mugeres, ni aun desterradas, y se inclina á que seria escandalosa semejante práctica. Nótese que este autor en la misma glosa se inclina á que los jueces pueden proceder por razon de incesto contra las mugeres adúlteras, como lo refiere Acevedo en la ley 10, tít. 3.º, lib. 5.º de la Recopilacion, número 34 y siguientes, donde impugna la opinion de Gregorio Lopez.

27 Esta opinion de Gregorio Lopez es en realidad contraria á la práctica que en el dia se observa en los tribunales, y me inclino á que ni aun en su tiempo se tuvo por escandalosa en los tribunales. Si Gregorio Lopez limitara su opinion al caso de que el juez procediera de oficio contra la muger adúltera para imponerle la pena de adulterio, podia ser admisible, por ser la pena del adulterio capital por nuestras leyes reales, á no ser que el marido quiera mitigarla; pero como Gregorio Lopez estiende su opinion aun al caso de que el juez impusiese á la adúltera la pena de destierro ú otra arbitraria, no se puede dudar que asi del adulterio por razon de escándalo como de los demas delitos puede el juez proceder de oficio, con solo la diferencia que si el escándalo es público procede abiertamente providenciando la prision de los que resultan reos, y si es secreto procede reservando en testimonio secreto el nombre de la muger casada; pero asi en uno como en otro caso no se impone á los reos la pena de adúlteros, sino otra arbitraria.

28 He dicho que me inclino á que esta práctica no se tuvo por escandalosa en tiempo que escribió Gregorio Lopez, y me fundo en que por la ley 5.ª, tít. 19, libro 8.º de la Recopilacion se permite proceder de oficio contra el casado que públicamente viviese amancebado, y aunque en la ley 2.ª del mismo título espresamente se prohibe proceder contra la muger casada en juicio ó fuera de él, por razon de ser manceba de clérigo, fraile ó casado, salvo si su marido la quisiese acusar, en cuya ley principalmente se funda Gregorio Lopez para su opinion, debe decirse que la disposicion de esta ley se ha de entender para no proceder contra dicha muger por razon de adulterio, y cuando esta esposicion no pareciese conforme, deberá tener lugar la observacion que hace el mismo Gregorio Lopez de que esta ley se derogó por los mismos

Reyes católicos en parte por otra pragmática hecha en Madrid, y cuando nada de esto bastase para desvanecer la opinion de Gregorio Lopez, la misma ley en sus últimas palabras nos da sobrado fundamento para establecer nuestra opinion. Dice, pues, la ley que se proceda por las penas establecidas en derecho contra el marido que consintiese que viva su muger públicamente amancebada; de que se ve que si al marido se le castiga, y se procede contra él de oficio por mero consentidor, con igual y mayor razon debe procederse contra la muger, como reo principal de aquel delito, pues en realidad no es menos delincuente el perpetrador de un delito que el que lo consiente.

29 A lo dicho se añade la disposicion del santo concilio de Trento, sesion 24, capítulo 8.º *de reformatione matrimonii*, en que se manda proceder de oficio contra las mugeres solteras ó casadas que vivan públicamente amancebadas, con tal que hayan sido tres veces amonestadas por los ordinarios, imponiéndoles destierro ú otra pena, é invocando para su ejecucion, si fuere necesario, el auxilio del brazo secular. La pragmática de Madrid, por la que dice Gregorio Lopez que en parte derogaron los Reyes católicos lo dispuesto por la ley 2.ª citada, es la ley 3.ª del mismo título, en la que mandaron que cuando los clérigos casasen sus mancebas con sus criados ó con otros que hayan de vivir en las casas de los clérigos, procedan las justicias de oficio contra las tales mugeres para imponerles las penas establecidas en la ley 1.ª, como si no fuesen casadas, aunque sus maridos no las acusen y digan que no quieren que se las castigue, y para que no se creyese que el caso de que habla esta ley era una escepcion particular de la regla establecida en la anterior pragmática, estendieron la disposicion de la pragmática de Madrid á las mugeres casadas que viviesen sospechosamente casa de los clérigos, y asi mandaron que ningunas mugeres sospechosas, aunque sean casadas, no esten en casa de los clérigos, y si lo estuvieren, las amonesten las justicias reservadamente para que se aparten, y si no lo hicieren les señalen término para ejecutarlo, y no saliendo en dicho término, les impongan las penas que á las mancebas, y ademas se les compela á que salgan de las casas de los clérigos.

30 Para formar la acusacion de adulterio advierte Mascardo, referido por Acevedo en la rúbrica del tít. 20, libro 8.º de la Recopilacion, número 21, que ante todas cosas han de cuidar los abogados del acusador de probar y hacer constar el matrimonio entre el acusador y la acusada, porque de otra forma no obtendrán la demanda, y habiendo de ser otro el acusador que el marido, basta probar que la ha tenido y tratado como muger, Acevedo ley 1.ª, título 20, libro 8.º de la Recopilacion, número 3.º

31 Finalmente debe tenerse presente que segun la comun opinion, en el dia el adulterio no es delito público, sino privado, como lo sienta Acevedo en la ley 1.ª, tít. 20, lib. 8.º de la Recopilacion, número 8.º, y Julio Claro, práctica criminal, §. *adulterium*, número 4.º

Ley LXXXI de Toro; es la 4.ª, tít. 20, lib. 8.º de la Recopilacion.

Si alguna muger estando con alguno casada, ó desposada por palabras de presente en faz de la sancta madre Iglesia, cometiere adulterio, que aunque se diga, é prueve por algunas causas, é razones, que el dicho matrimonio fue ninguno, ora por ser parientes en consanguinidad ó afinidad dentro del cuarto grado, ora porque qualquiera dellos sea obligado antes á otro matrimonio, ó haya fecho voto de castidad, ó de entrar en religion, ó por otra cosa alguna, pues ya por ellos no quedó de hacer lo que no debian, que por esto no se escusen, á que el marido pueda acusar de adulterio, assi á la muger como al adúltero, como si el matrimonio fuesse verdadero, é mandamos que en estos tales, que assi avemos por adúlteros, y en sus bienes, se ejecute lo contenido en la ley del fuero de las leyes, que fabla cerca de los que cometen delicto de adulterio.

COMENTARIO

á la Ley 81 de Toro.

1 Dispone la presente ley que si alguna muger casada ó desposada por palabra de presente, *in facie Ecclesiæ*, cometiere adulterio, aunque despues se diga y pruebe que el matrimonio fue nulo por ser parientes por consanguinidad ó afinidad dentro del cuarto grado, ó porque alguno de ellos estaba antes casado, ó habia hecho voto de

castidad, ó de entrar en religion, ó por otra cualquiera causa, supuesto que por ellos no quedó de hacer lo que no debian, no les sirva esto de escusa para que el marido no pueda acusar de adulterio, tanto á la muger como al adúltero, como si el matrimonio hubiera sido verdadero, y manda que en tales adúlteros y en sus bienes se ejecute lo contenido en la ley del fuero de las leyes que hablan de los que cometieren delito de adulterio.

2 Es la presente ley correctoria del derecho comun. Disponia este en la ley 13, §. *sed si*, ff. *ad legem Juliam de adulteriis*, que la muger que habiendo cometido adulterio se encontraba que no podia subsistir el matrimonio, ó bien por razon de incesto, ó por otra justa causa, no pudiese ser acusada de adulterio por su marido *jure mariti*, sinó únicamente *jure extranei*. Oiganse sus palabras: *Sed si ea sit mulier cum qua incestum commissum est, vel ea, quæ quamvis uxor omnino haberetur, uxor tamen esse non posset, jure estranei posse.* Consiguientemente á esto, disponia la ley 24, §. final del mismo título, que no pudiese matar el marido á esta muger presunta cogida *in fraganti adulterio*, porque solo se concedia esta facultad á los que la podian acusar *jure mariti*. Son estas las palabras del jurisconsulto Ulpiano, que resuelve la duda: *Et rectius dicetur eos jus occidendi habere, qui jure patris maritive accusare possunt.* Disputan á este propósito los autores, si segun el derecho comun deberá lucrar en este caso la dote el marido, y como carecen de fundamento legal, por no haber ley terminante en el asunto, se dividen en opiniones, las que procura conciliar Gomez á esta ley, número 48, de un modo que no le satisface á Acevedo, en el comentario á la ley 4.ª, tít. 20, lib. 8.º de la Recopilacion.

3 Prescindiendo de esta disputa, que nada aprovecha para la inteligencia de la ley real, y antes bien su decision la resuelve de un modo terminante, vuelvo á repetir lo que dejo dicho al principio de este comentario, que nuestra ley real es correctoria del derecho comun.

4 Quiere nuestra ley que cuando alguna muger estando casada ó desposada de presente segun el rito de nuestra santa madre Iglesia, cometiere adulterio, aunque justifique fue nulo el matrimonio por haber mediado impedimento dirimente, pueda el marido acusarla de adulterio asi á ella como al adúltero, como si el matrimonio hubiera sido verdadero, y que en las personas y bienes de los que asi son tenidos por adúlteros se ejecuten las mismas penas que contra los verdaderos adúlteros, y se contienen en la ley del fuero de las leyes que habla del delito de adulterio.

5 Dudan algunos de nuestros autores si la disposicion de esta ley deberá tener lugar cuando el matrimonio fue nulo *ex defectu consensus*. Acevedo para resolver esta duda en la ley 4.ª, tít 20, lib. 8.º de la Recopilacion, examina en el número 24 si los ejemplos que espresa la ley han sido puestos *exempláriter* ó *restrictive*. Esplica la significacion de las dos palabras, y resuelve que no debe tener lugar la disposicion de la ley siendo el matrimonio nulo por falta de consentimiento. Antonio Gomez en la ley 80, número 48, Cifuentes y Castillo á la presente ley habian dicho antes lo mismo, y aun añade este último que se le ofreció un caso en que libertó de la pena de adulterio á una muger, que por violencia habia sido precisada á contraer matrimonio, y despues la acusaba su marido de adulterio. No me detengo á examinar el fundamento de la distincion de Acevedo, asi por no ser necesario para la resolucion de la duda, como tambien porque dicha distincion envuelve en sí cierta confusion (contra la naturaleza de las distinciones, que únicamente tienen por objeto la mayor claridad), que obscurece lo que el autor espresa, aunque no deja de comprenderse lo que quiso decir.

6. El fin á que se dirige la distincion de Acevedo es á manifestar que no es la misma la razon en el caso de la falta del consentimiento, que la que se encuentra en los otros impedimentos, porque estos no son semejantes á aquel, sino desemejantes. Esta es toda la fuerza del fundamento en que funda su opinion Acevedo. Si se le hubiera preguntado la razon de esta desemejanza, no sé si hubiera dado otra que la que trae al fin del número 24, que dice asi: "porque si falta el consentimiento en tal matrimonio por haber sido contraido por fuerza ó miedo, entonces no tendria lugar nuestra ley." Como no creo que haya quien quede satisfecho con esta razon, no me detengo á impugnarla, bastando decir que eso es responder con la conclusion. Veamos si son mas poderosas dos razones

que refiere en el número 25, la primera tomada del Castillo, y la segunda producida por el mismo Acevedo. La primera se funda en las palabras de la ley "estando desposada por palabras de presente." Y de aqui infiere que hubo verdadero consentimiento. La segunda la saca de las siguientes palabras: "en haz de la santa madre Iglesia." Porque esta no acostumbra á casar á los que lo repugnan, sino á los que consienten. Asi una razon como otra suponen la diferencia entre la nulidad del matrimonio por falta de consentimiento, y en la que resulta de los otros impedimentos. Pero como esta pretendida diferencia no se ha hecho constar con algun sólido fundamento, se sigue por consiguiente que las dos razones que se alegan sacadas de las palabras de la ley no son de alguna eficacia para el fin que se proponen. Se persuade esto mismo con mayor claridad y evidencia reflexionando que asi de las palabras que nota en la ley Castillo, como de las que cita Acevedo, no menos se infiere la espedita potestad de parte de los contrayentes, sin mezcla de algun impedimento dirimente para celebrar el matrimonio, que el verdadero consentimiento, pues tanto se requiere lo uno como lo otro para decir que la muger está desposada por palabras de presente. La ilacion que forma Acevedo de las palabras que cita de la ley, aun es mas disonante, porque el decir que la Iglesia no acostumbra casar sino á los que consienten, es una verdad tan constante como el asegurar que la misma Iglesia no acostumbra casar sino á los que no tienen impedimento dirimente; con que si porque la Iglesia no acostumbra casar sino á los que consienten, infiere Acevedo que la decision de la ley no comprende ó no se estiende al caso de la nulidad del matrimonio por falta de consentimiento, por la misma razon deberá inferirse que la ley tampoco quiso comprender los demas casos en que la nulidad del matrimonio provenga de algun impedimento dirimente, y asi venimos á sacar que la decision de nuestra ley se dirige á un caso imposible, á saber, para cuando el matrimonio sea nulo sin que intervenga impedimento dirimente.

7 No son mas eficaces los argumentos del Gomez para probar el mismo dictámen. Alega el cap. 13, *ad disolvendum, de spons. imp.*, pero la decision de este capítulo nada aprovecha para el asunto. Es el caso que se refiere en el que un hombre contrajo matrimonio con una muchacha menor de siete años. Por parte de la muchacha se puso demanda de nulidad por razon de consanguinidad, y despues de varias escepciones que propuso el hombre contra los testigos y el actor, consultado el Pontífice respondió que entre los litigantes ni habia matrimonio ni esponsales; porque constaba que la muchacha no habia llegado á los siete años, y asi que no habia lugar á la acusacion, porque no habia sobre que pudiera formarse. De aqui infiere Gomez que en el caso que se haya contraido por fuerza el matrimonio, no ha lugar á la acusacion de adulterio. Pero ¿quién no ve que esta es una consecuencia ridícula y arbitraria, que nada concuerda con las premisas del capítulo? El declarar el Pontífice que no habia lugar á la demanda de consanguinidad, porque resultaba que la muchacha era menor de siete años cuando contrajo el matrimonio, no denota otra cosa sino que constando que de parte de la muchacha no habia habido verdadero consentimiento por ser menor de siete años, cuya edad septenar requieren los cánones para que haya verdadero consentimiento, como se ve en el cap. *accesit 5. de spons. imp.*, era escusado y ocioso seguir y continuar la causa de consanguinidad, cuando resultaba ya antes probado otro impedimento dirimente, que habia estorbado se contrajese el matrimonio, cual era la falta de consentimiento. Lo mismo que sucederia si litigando dos casados sobre nulidad de matrimonio por razon de impotencia, resultase que eran consanguíneos dentro del cuarto grado, que entonces se sobreseeria en la demanda, y se declararia nulo el matrimonio por razon de la consanguinidad, sin que de aqui pudiera inferirse que el impedimento de consanguinidad era mas fuerte y eficaz que el de la impotencia.

8 Prosigue Gomez en confirmar la doctrina que hemos referido, y dice que es mas fuerte el matrimonio contraido entre personas inhábiles, que aquel en que falta el consentimiento, y se funda en que en el primer caso no se hace la separacion de los casados sin intervencion del juez eclesiástico, y resulta ademas de esto impedimento de pública honestidad, y cita el capítulo *porro*, 3.º *de divortiis*; pero en el segundo ni se necesita de la intervencion del juez eclesiástico, ni nace impedimento

de honestidad pública, y cita el cap. *accesit* 5.º *de spons. imp.* Ya se deja conocer que el lenguage de que usa Gomez es impropio é irregular, pues el matrimonio contraido con impedimento dirimente es nulo, y de consiguiente no puede ser mas fuerte su vínculo en el caso que intervenga impedimento de inhabilidad de las personas, que en el que falte el consentimiento, pues en uno y otro caso es nulo y de ningun valor. Pero veamos si los capítulos que cita persuaden su intento. En el capítulo *porro, de divortiis*, se propone el caso de que un conde de su propia autoridad dejó á su muger por decir era consanguínea de la primer muger, y se casó con otra. Consultado el Pontífice, responde que aunque el parentesco fuera público y notorio, no debia haberse separado sin intervencion del juez eclesiástico, y por tanto encarga el Pontífice al obispo que compela al conde á volver con su muger, que pedia se le restituyese su marido. De esta decision únicamente se colige que la muger habia sido injustamente despojada de la posesion en que estaba de su marido, porque este despojo se habia hecho privadamente y de autoridad propia, y el despojado ante todas cosas debe ser restituido, como lo persuade todo el título *de restitutione spoliorum* de las decretales.

9 Pasemos á examinar el capítulo *accesit* que lo cita Gomez en comprobacion del segundo caso: consultó el arzobispo de Ebora á Alejandro III el caso siguiente: un hombre contrajo esponsales con una muchacha dentro de los años de la pubertad, y como ella posteriormente rehusase ratificar los esponsales, la declaró por libre el arzobispo, y el citado hombre se casó con la madre de la muchacha, y tuvo sucesion. De aqui tomó ocasion de dudar el arzobispo si el matrimonio con la madre de la muchacha habria sido válido, y si la prole seria legítima. En satisfaccion de esta duda responde el Pontífice que si la muchacha no tenia siete años cuando contrajo los esponsales, y despues no consintió en ellos, y fué declarado por libre de ellos el hombre por el arzobispo, el matrimonio celebrado entre dicho hombre y la madre de la muchacha era válido y la prole legítima; pero si la muchacha habia cumplido los siete años antes de contraer los esponsales, aunque el hombre habia quedado libre de la obligacion por el mismo hecho de resistirse á casarse con él la muchacha, parecia una cosa indecente que tenga por muger á la madre con cuya hija habia estado desposado.

10 Pretende el Gomez probar con este capítulo que el matrimonio que ha sido nulo por falta de consentimiento no necesita de la intervencion del juez eclesiástico para disolverse, ni que de él resulta impedimento de honestidad pública; pero en todo el capítulo no se halla vestigio alguno de matrimonio nulo por defecto de consentimiento, únicamente hubo la duda de si la muchacha antes ó despues de los siete años contrajo los esponsales; de la averiguacion de este hecho dependia el saber si habia resultado impedimento de pública honestidad entre el esposo y la madre de la muchacha, y de consiguiente el conocer si el matrimonio de los referidos habia sido válido y la prole legítima, que era la duda sobre que se dirigia la consulta del arzobispo. ¿Dónde está, pues, el matrimonio nulo por falta de consentimiento? Si llama matrimonio á los esponsales contraidos antes ó despues de los siete años, y revocados al llegar á la pubertad, incurre en el inconveniente de creer que antes de la pubertad se pueda contraer matrimonio contra la decision espresa del capítulo 8.º *de desp. impuberum*, libro 4.º, D., y del capítulo único del mismo, título *in* 6.º, §. *idem quoque*, donde espresamente se resuelve que los esponsales de presente contraidos antes de la pubertad se interpretan segun derecho por esponsales de futuro, y ni aun por el hecho de llegar á la pubertad los contrayentes no pasan á matrimonio de presente.

11 Si pretende Gomez que la revocacion de los esponsales hecha por la muchacha al llegar á la pubertad anuló el matrimonio, por la misma decision del capítulo único *in* 6.º, que acabamos de referir, se convence que antes de la pubertad no puede haber matrimonio, sino esponsales, y asi la revocacion es de los esponsales, y no del matrimonio que no existia; y de lo que no existia ni en apariencia, no se puede pretender nulidad, y á deber ser admitida esta locucion, deberiamos decir que todos los que no se casan anulan otros tantos matrimonios como los que podian contraer. Aun sale una consecuencia contraria á la doctrina de Gomez del capítulo que cita, y es que de los es-

ponsales de la muchacha contraidos despues de los siete años, que él llama matrimonio, se sigue impedimento de honestidad pública, como lo persuaden las últimas palabras del capítulo, y lo confirma el capítulo 4.º, *eod* tit., en donde se refiere un caso en todo igual. Me he detenido en referir por estenso las decisiones de los principales capítulos que cita Gomez en confirmacion de su doctrina, para que se vea que de ellos no salen las consecuencias que él pretende. Ahora haré ver brevemente que lo que afirma Gomez de que cuando el matrimonio es nulo por falta de consentimiento se hace la separacion sin intervencion del juez eclesiástico es enteramente falso y contrario á las decisiones canónicas, como claramente se convence del cap. 28 *de sponsalibus et matrimonio*, el que está tan terminante que cualquiera que lo lea quedará persuadido de esta verdad, sin necesidad de mayor comprobacion, y para evitar á mis lectores la molestia de buscarlo, voy á compendiar su resolucion.

12 Dos fueron los casos que se consultaron al Papa Honorio III en el capítulo 28, el primero de aquellas mugeres que viniendo á recibir las bendiciones á la puerta de la iglesia aseguraban que nunca habian consentido en casarse con los que se decian sus maridos, y resuelve el Papa que probando estos lo contrario no debian ser creidas, lo que supone que habian sido oidas judicialmente, pues de otro modo no podia constar la prueba hecha por sus maridos.

13 El segundo caso fue de aquellas mugeres, que recibida la bendicion nupcial, inmediatamente, y antes de consumar el matrimonio, se ausentaban de sus maridos, asegurando que nunca habian consentido en casarse con ellos, sino que compelidas del miedo habian manifestado que consentian, y resuelve el Papa que no han de ser inmediatamente desatendidas, sino que debe averiguarse antes si el miedo que se les impuso era de aquella especie, que puede ser bastante para hacerse temer de un varon constante, en tal caso deberia ser atendida su queja y escepcion, lo que igualmente prueba que habia de intervenir una previa desaucion del hecho.

14 Los demas capítulos que cita Gomez al fin del número 48 conducen aun menos á su intento, y en especial el capítulo *veniens* 15, *de sponsalibus et matrimonio*, y el cap. *significavit* 2.º *de eo qui duxit in matr. quam polluit per ad.*, los que denotan claramente que en los casos en que se duda si en el matrimonio ha habido ó no verdadero consentimiento, es necesaria la intervencion y declaracion del juez eclesiástico. No podia ser otra cosa, porque siendo el matrimonio por su naturaleza indisoluble, era consiguiente que celebrado una vez *in facie ecclesiæ*, se prohibiera el disolverlo sin la autoridad de la Iglesia, por mas cierta y clara que sea la causa de la nulidad, pues de otro modo con facilidad se seguiria escándalo, como observa Pichler *in jus canonicum*, tít. 1.º, lib. 1.º, número 70.

15 Hasta aqui he procurado satisfacer á las razones con que Gomez y Acevedo quieren persuadir la diferencia del matrimonio nulo por falta de consentimiento de cuando lo es por otro cualquier impedimento. Resta ahora manifestar mi dictamen y esponer las razones en que lo fundo. Digo, pues, que la decision de nuestra ley real comprende el caso de la nulidad por falta de consentimiento, igualmente que todos los demas, y me fundo en que la diferencia que se pretende entre nulidad por falta de consentimiento, á la de otro impedimento no se apoya con algun fundamento legal, como se ha visto. A mas de esto, obra á favor de mi dictámen la doctrina que he referido del Pichler, apoyada con varias decisiones canónicas, especialmente con el capítulo 28 *de spons. et matrim.*, y con el 3.º *de divortiis*, en los que se ve que tanto en el caso de nulidad por falta de consentimiento, como en el de consanguinidad, se exige y necesita de la declaracion del juez eclesiástico. Esta presuncion, que resulta á favor de la validacion de todo matrimonio celebrado *in facie ecclesiæ*, no se destruye por la certeza que tenga cualquiera de los contrayentes acerca de la nulidad, y asi obrando contra dicha presuncion se espone á faltar á la obligacion que se contrae por el matrimonio, y á esto acaso aluden las palabras siguientes de la ley: "pues ya por ellos no quedó de hacer lo que no debian," y no debe parecer estraño que á quien contra una presuncion tan autorizada se atreve á obrar, se le imponga la misma pena que si hubiese contravenido á la fé del matrimonio.

16 El ejemplar que refiere Castillo no se sabe si se hizo ante algun juez inferior

ó en algun tribunal superior; pero como quiera que sucediese, debe decirse, segun la ley 13, C. *de sententiis et interlocutionibus quæ non exemplis sed legibus judicandum est.* Pero aun cuando este ejemplar debiera seguirse, no podia sacarse de él una regla cierta y constante para decir que siempre que el matrimonio fuera nulo por falta de consentimiento, no era comprendida la adúltera en la decision de nuestra ley, porque supongamos que la fuerza y violencia para contraer el matrimonio no se hubiera hecho á la muger, sino al marido; ¿podria la muger para escusarse en tal caso de incurrir en la pena de la ley real, decir que el matrimonio habia sido nulo por falta de consentimiento? Seguramente que no podria admitirse semejante escusa sin hacer una violencia manifiesta á la razon en que se funda la decision de nuestra ley de que "por ellos no quedó de hacer lo que no debian." No obstante lo espuesto, me parece es compatible con la ley real eximir de su decision á la muger, cuando ha sido nulo el matrimonio por haberla compelido á contraerlo por miedo, pues en este caso ni aparenta maliciosamente el matrimonio, ni está en la buena fe de su legitimidad, que es la razon en que se funda la decision de la ley.

17 Parece á primera vista que atendiendo á la razon de esta ley deberia comprender su decision tan solamente aquellos casos en que de parte de la muger habia la buena fé de creer que el matrimonio era válido, porque entonces es cuando parece se verifica con mas propiedad la razon de que por los adúlteros no quedó de hacer lo que no debian, y por el contrario siendo la muger sabedora de la nulidad del matrimonio, no parece debe decirse en rigor que por ella no quedó de hacer lo que no debia, pues aunque prostituyéndose faltaba á la ley de la castidad, no faltaba á la fé del matrimonio sabiendo que era nulo, que es el delito que pretende castigar la ley real. Esta esposicion ó temperamento, por mas que parezca verosimil y equitativo, es abiertamente contrario á las palabras de la ley, que dice asi: "Ora porque cualquiera de ellos sea obligado antes á otro matrimonio." Se ve por estas palabras que tanto cuando la muger es sabedora del impedimento, como cuando no lo es, rige la disposicion de la ley, porque quién mejor que los contrayentes sabe si han contraido ó no antes otro matrimonio, que es el sentido con que debe entenderse si estan obligados antes á otro matrimonio, pues á entenderse estas palabras de los esponsales de futuro, se seguiria que estos eran impedimento dirimente del matrimonio de presente contra las disposiciones canónicas, y con todo tanto en el caso de que el marido esté obligado antes á otro matrimonio, como en el caso de que lo esté la muger, quiere la ley se imponga á esta la pena de adulterio, sin que le aproveche la reflexion de que en este caso no falta á la fé del matrimonio, porque como queda dicho arriba, la ciencia privada de cualquiera de los contrayentes no es bastante para destruir la presuncion que obra á favor de la validacion del matrimonio.

18 Otro inconveniente parece seguirse de las palabras que se han referido de la ley, y es que aun en el caso que el marido estuviese antes obligado á otro matrimonio se le concede la facultad de castigar á su voluntad los adúlteros y lucrar sus bienes, pues habiendo contraido maliciosamente el segundo matrimonio, y seducido á la muger ocultándola su anterior obligacion, y á mas de esto haberse hecho reo de adulterio, no parecia justo que á un reo de tan execrable delito, y que en cierto modo habia dado ocasion para que la muger incurriese en el suyo, se le dé la misma potestad para castigar á los adúlteros que se le daria á un inocente. Pero á esto se satisface con decir que la presente ley únicamente pretende castigar á los adúlteros, para cuyo fin le da la correspondiente facultad al marido. Los delitos en que este pueda haber incurrido tendrán igualmente su merecido por las leyes que traten de las penas que les correspondan.

19 Finalmente, quiere nuestra ley que en las personas y bienes de los que son tenidos por adúlteros se ejecuten las mismas penas que dispone la ley del fuero, que se halla colocada en la ley 1.ª, tít. 20, libro 8.º de la Recopilacion; ordena, pues, esta ley que la muger casada que cometiere adulterio sea puesta en poder del marido juntamente con el adúltero, para que de sus personas y bienes haga lo que quiera, con tal que no pueda matar al uno de ellos y dejar al otro, y que ninguno de los adúlteros tenga hijos legítimos que hereden respectivamente sus bienes; pero si la muger no tuviere culpa, por haber sido forzada, no incurra en pena alguna. Vemos por esta

ley que se da facultad al marido de la adúltera para quitar la vida á los adúlteros si quisiere, ó ejecutar en ellos las penas corporales que le pareciere, como se dirá en la ley 82 de Toro. Tambien le concede la ley del fuero todos los bienes de los adúlteros, en que deben comprenderse tanto los bienes paraphernales de la muger como los dotales, segun observa Acevedo en la ley 1.ª, tít. 20, lib. 8.º de la Recopilacion, número 18; Covarrubias *de matrimonio*, parte 2.ª, cap. 7.º, §. 6.º, número 7.º, advierte con referencia á la ley 1.ª, tít. 7.º, lib. 4.º del fuero real, que los bienes que pasan á los hijos por la muerte de aquel que los adquirió por el adulterio del consorte, no se imputan á los hijos en la legítima de los bienes de aquel que los lucró.

20 Competen á la adúltera varias escepciones para no incurrir en las penas de la ley del fuero, y son todas aquellas que impiden al marido la acusacion del adulterio, y quedan referidas en el Comentario de la ley 80 de Toro. Cifuentes, referido por Acevedo en la ley 4.ª, tít. 20, lib. 8.º de la Recopilacion, número 28, pone cinco escepciones, con las que se impide al marido lucrar los bienes de los adúlteros. La primera y la última que se verifican, aquella cuando los adúlteros tienen hijos legítimos, y esta cuando el marido ha sido alcahuete de su muger, se hallan espresamente confirmadas por leyes reales, á saber: la primera por la ley del fuero citada, y la segunda por la ley 7.ª, título 17, partida 7.ª, cuya escepcion de lenocinio del marido se ha de oponer antes de la contestacion á la acusacion de adulterio para que aproveche á la muger, como lo manifiestan las palabras de la ley, y lo sienta Gomez en la ley 80 de Toro, número 71, porque poniéndose dicha escepcion despues de la contestacion de la demanda, no se liberta la muger de la pena de su delito, aunque al marido en tal caso se le impone la correspondiente al suyo, bien que segun observa Gregorio Lopez en dicha ley, glosa 4.ª, aun cuando la muger oponga la escepcion despues de la contestacion, se inclina á que se la debe absolver de la acusacion, y se funda en que despues que por la ley del fuero se cometió al marido el castigo del delito de adulterio, seria duro que la muger fuera puesta en poder del marido para castigarla á su voluntad, siendo él el autor del delito, y que ademas consiguiese la utilidad de lucrar los bienes de la muger, y por tanto se persuade que en la práctica no se observaria la disposicion de la ley de partida en este punto. Las tres escepciones siguientes de Cifuentes las omito por no ser tan fundadas.

21 Parecia deberse concluir ya el Comentario de esta ley; pero antes resta examinar una duda que se ofrece á primera vista, y sin embargo dudo que alguno de los comentadores de esta ley se hagan cargo de ella, pues Palacios Ruvios, Gomez y Acevedo, que actualmente tengo á mano, guardan un profundo silencio, y lo mismo me persuado sucede á Castillo y Cifuentes, á quienes citan los dos últimos. Es tan obvia la dificultad de que voy á hablar, que apenas leí la segunda vez la ley cuando la percibí. Hago esta confesion, no para ensalzar mi perspicacia, sino para alabar la moderacion y modestia de los comentadores que han querido mas desentenderse de ella, que verse en la precision de reconocer un error craso en nuestra ley; pero el amor á la verdad, que no es menos digna de nuestra atencion que las mismas leyes, y la ingenuidad que profeso, me lo hacen prescindir de los respetos que han contenido á los comentadores. Refiere nuestra ley, como impedimento dirimente del matrimonio, que causan nulidad la consanguinidad y afinidad dentro del cuarto grado y el anterior matrimonio, y á continuacion de estos impedimentos pone el voto de castidad, y el de entrar en religion, manifestando ser de la misma clase que los impedimentos que deja referidos, pues como el fin de la ley era quitar á la muger adúltera la escusa que podia dar de que habia sido nulo el matrimonio, el hacer espresa mencion del voto de castidad y del de entrar en religion era conocidamente para reputarlos dirimentes del matrimonio, ó de no, se ha de decir que inoportunamente hizo mencion de ellos, no menos que si hubiera tambien espresado los esponsales de futuro.

22 Sin embargo de haber creido hasta aqui que nuestra ley ponia por impedimento dirimente el voto simple de castidad, no puedo menos de confesar, despues de haber reflexionado las palabras de la ley 2.ª, título 8.º, partida 1.ª, y las de la ley 11, tít. 2.º, partida 4.ª, que padecí equivocacion en creer que la ley real se apartaba de las disposiciones canónicas. El voto de castidad puede ser simple ó solemne, segun la

ley 2.ª, tít. 8.º, partida 1.ª, que va conforme con el derecho canónico en esta parte, luego cuando nuestra ley de Toro pone entre los impedimentos dirimentes el voto de castidad hay sobrado motivo para presumir lo entendió del solemne. Confirman esta conjetura las palabras siguientes de la ley *ó de entrar en religion*, que ciertamente se han de entender del voto solemne, como lo declara la ley 11, tít. 2.º, partida 4.ª por estas palabras. "La tercera cosa que embarga el casamiento es voto solemne que alguno prometiese para entrar en religion." Aun se esplica con mas claridad en esta parte la ley 2.ª, tít. 8.º, partida 1.ª, que espresa la diferencia entre el voto solemne y simple de entrar en religion. Dice asi "ca si alguno obiese fecho en su voluntad voto simple para entrar en órden, é casase despues valdria el matrimonio, é si lo ficiese solemnemente no podria casar, é si casase no valdria el casamiento."

23 Vemos con la mayor claridad por las palabras de estas dos leyes que el voto de entrar en religion no se toma precisamente por la promesa de profesar la vida religiosa, pues en este caso el voto seria simple, y de consiguiente no seria dirimente del matrimonio, como espresamente lo dispone el cap. 3.º, tít. 6.º, lib. 4.º, *Dec.*, sino que es una espresion comun é indiferente que la aplican las leyes ya al voto simple, ya al solemne. Siguiendo este mismo estilo la ley de Toro, usa de la misma locucion *de voto de entrar en religion*, y como esta locucion es comun al voto simple y solemne, y por otra parte el contexto de la ley no podria tener un sentido recto y arreglado si se entendiese del voto simple, por tanto debe decirse que la espresion de que usa nuestra ley se ha de entender del voto solemne de entrar en religion.

24 Se advierte una diferencia entre la espresion de las leyes de partida y la nuestra, y es que las leyes de partida dicen *voto para entrar en religion*, y la nuestra *de entrar en religion*, cuya diferencia puede hacer creer que la espresion de las leyes de partida no tiene nada de impropiedad para significar el voto solemne, porque como en la religion se entra por los votos, lo mismo es decir voto para entrar en religion que hacer la profesion en ella; y al contrario en la espresion de nuestra ley no parece pueda conceptuarse que el voto de entrar en religion sea lo mismo que la profesion actual de ella. Para satisfacer esta duda basta advertir que la ley 2.ª, tít. 8.º, partida 1.ª, usa de la misma frase para denotar y significar el voto simple que la que hemos referido del solemne, de que se convence que la palabra *para* no denota y significa la actual profesion, porque hallándose igualmente dicha palabra en la espresion de los dos votos, si en el solemne significa la actual profesion, lo mismo habria de significar en el simple, y seria preciso decir que era voto simple, por el que actualmente se profesaba la religion. No debe estrañarse que las leyes de partida se sirviesen de esta locucion menos propia al considerar que su formacion fue anterior algunos años al Papa Bonifacio VIII, que en su cap. *de voto, in 6*, declaró en qué consistia la solemnidad del voto para que se dijese solemne, haciendo cesar de este modo las varias opiniones que habia entre los autores en este punto, y que sin duda dieron causa á los que entendieron en la formacion de la obra de las partidas para hacer la definicion ó descripcion del voto solemne en los términos que se ve al principio de la ley 2.ª, tít. 8.º, partida 1.ª En confirmacion de lo dicho se puede añadir que la sabiduría, prudencia y autoridad de los ministros que asistieron a la formacion de las leyes de Toro no deja lugar á presumir que al voto simple de castidad le diesen fuerza para dirimir el matrimonio, antes bien debe creerse que el haber hecho espresion del voto de castidad indeterminadamente, fue porque el contexto de la ley de Toro daba sobrado motivo para conocer que hablaban del voto solemne. Ademas, que segun reglas de interpretacion, cuando una palabra tiene dos significados, siempre se le ha de atribuir el que se vea conviene mas á la materia de que se trata y al sentido de la oracion, y en ninguna manera se le ha de dar aquel que es impropio y absurdo al asunto.

25 Concluyo con decir no merecen disculpa nuestros comentadores de no haberse detenido á aclarar esta duda, que no deja de tener algun fundamento, y que se dirige á poner en claro la verdadera inteligencia de nuestra ley, al paso que les vemos formar y detenerse en disipar otras, que ó no tienen el menor fundamento, ó en nada pertenecen á la ley que se han propuesto esplicar.

Ley LXXXII de Toro; es la 5.ª, tít. 20, lib. 8.º de la Recopilacion.

El marido que matare por su propia autoridad al adúltero, é á la adúltera, aunque los tome *in fraganti* delicto, y sea justamente fecha la muerte, no gane la dote ni los bienes del que matare, salvo si los matare, ó condenare por autoridad de nuestra justicia, que en tal caso mandamos que se guarde la ley del fuero de las leyes que en este caso disponen.

COMENTARIO

á la Ley 82 de Toro.

1 Dispone la presente ley que el marido que matare por su propia autoridad á los adúlteros, aunque los coja *in fraganti*, y sea justamente hecha la muerte, no gane la dote y bienes de ellos, á no ser que los mate ó condene por autoridad de la justicia, que en tal caso debe guardarse lo dispuesto en la ley del fuero de las leyes para dicho caso.

2 Para conocer la diferencia que establece la ley entre los dos casos que indica, conviene tener presente la disposicion de la ley del fuero, á que se refiere, que es la 1.ª del tít. 7.º del lib. 4.º del fuero real, que dice asi: "Si muger casada ficiere adulterio, ella y el adulterador ambos sean empoder del marido é faga de ellos lo que quisiere, é de cuanto an, asi que no pueda matar al uno y dejar al otro; pero si fijos derechos tubieren ambos ó el uno de ellos hereden sus bienes: é si por ventura la muger no fue en culpa é fuera forzada no haya pena."

3 Del contexto de estas dos leyes aparece la diferencia que establecen en los casos de que el marido quita la vida á los adúlteros, cojidos *in fraganti* por su propia autoridad, ó cuando lo ejecuta por autoridad de la justicia. En el primer caso ordena la presente ley que no gane la dote y bienes de los adúlteros; y en el segundo manda que se observe la ley del fuero que concede al marido la adquisicion y dominio de los bienes de los adúlteros si no tienen hijos ó descendientes legítimos.

4 La curiosidad escita á indagar la causa que tuvo la ley para privar al marido en uno de los dos casos de los bienes de los adúlteros, y concederlos en el otro. Gomez en el número 63 del Comentario á esta ley pretende que el fundamento que tuvo para negar al marido el lucro ó adquisicion de los bienes de los adúlteros cuando les quitaba la vida cojidos *in fraganti*, fue porque este acto lo ejecutaban de su propia autoridad, y el que en virtud de ella se hace justicia ó vindica su agravio es privado por la ley del lucro legal, lo que confirma con la ley 56, §. 1.º, ff. *de furtis*, en que se dispone que el que de propia autoridad coje al ladron y le presenta al juez recobra la cosa hurtada, pero pierde el emolumento del duplo ó cuadruplo, que en otro caso se impondria al reo; por el contrario cuando el marido quita la vida á los adúlteros que ha puesto en su poder el juez, como no obra por autoridad propia sino en virtud de autoridad judicial, gana y adquiere el dominio de los adúlteros.

5 Aunque esta esposicion á primera vista presenta algunos visos de probabilidad, si bien se examina carece de todo fundamento legal. Es cierto que en la ley que cita del derecho civil se establece la diferencia que indica, pero no proviene esta de la circunstancia que pretende. Por derecho civil de los romanos se podia proceder contra el ladron civil y criminalmente; si se usaba del primer medio ademas de la restitucion de la cosa hurtada se le imponia al ladron el duplo ó cuadruplo si el hurto era oculto ó manifiesto: si se elegia el segundo se mandaba igualmente la restitucion de la cosa hurtada, y se le condenaba en pena corporal ó aflictiva.

6 Supuesta esta doctrina, comentando el sabio Cujacio la ley citada del jurisconsulto Juliano, dice que cuando el que habia sufrido el hurto cogia al ladron y lo presentaba al juez, se presumia que queria se procediese contra él criminalmente mandándole restituir la cosa hurtada, y que se le impusiese alguna pena corporal, y de consiguiente se entendia que renunciaba del emolumento del duplo ó del cuadruplo que le corresponderia si hubiese intentado la accion civil; de que se convence que la razon que alega Gomez y atribuye á la ley civil no es por haber cogido al ladron y presentarlo al juez por su propia autoridad, sino por presumirse que el que obró de este modo prefirió la accion criminal á la civil, que igualmente le compitió, y en virtud de la cual hubiera conseguido el be-

neficio del duplo ó cuadruplo del valor de la cosa hurtada, segun hubiese sido el hurto, oculto ó manifiesto.

7 La causa que movió á la ley para establecer la diferencia indicada no fue otra á mi parecer que la de precaver por ella que los maridos no se moviesen á quitar la vida á los adúlteros cojidos *in fraganti*, mas por codicia de lucrar sus bienes que por la vindicta pública, si es que no tuvo tambien influjo en la resolucion el impedir que los maridos, arrastrados del mismo espíritu de codicia, no imputasen falsamente á los inocentes el delito que no habian cometido. No es impropio, antes bien muy regular, en los legisladores usar de estas precauciones para evitar los daños que de otro modo podrian ocasionarse.

8 En la ley 1.ª, tít. 21 del ordenamiento de Alcalá, que es la 3.ª en el título 20 del lib. 8.º de la Recopilacion, se halla una comprobacion harto clara de esta verdad; se dispone en ella que si el marido cojiese *in fraganti* á los adúlteros los pueda matar si quisiere, con tal que no quite la vida al uno y deje vivo al otro si pudiere matarlo, lo que se hallaba ya ordenado en la ley 15, de las cortes que celebró el mismo Rey en Segovia, año de 1347. Con alusion á la disposicion de la ley del Rey don Alonso XI, es curioso el caso que se halla en los fueros de Burgos, acaecido en tiempo del Rey san Fernando, y lo trae don Francisco Marina en su ensayo histórico-crítico, al número 215, fol. 172, reducido á que un caballero de Ciudad Rodrigo encontró á su muger yaciendo con otro caballero, castró al cómplice, y habiéndose quejado los parientes del castrado al Rey, mandó venir al castrador, y preguntándole por qué lo habia hecho, respondió porque lo habia encontrado yaciendo con su muger, y seguida la causa en la corte fue sentenciado á ser forcado, pues que á la muger no la fizo nada, y se ejecutó la sentencia, y se dispuso para en adelante que cuando tal caso aviniere á otro yaciendo con su muger, cual ponga cuernos, si el quisiere matar é lo matar debe matar á su muger, é si la matar no será cuernero ni pechará homicidio. E si matare aquel que pone los cuernos é no matare á ella, debe pechar homicidio é ser encornado é debe el Rey justiciar el cuerpo por este fecho; para cuya resolucion sin duda tuvo en consideracion el legislador impedir y precaver que el marido no se dejase llevar mas bien de espíritu ó deseo de vengar su propia injuria, en el que le parecia que le habia hecho mayor agravio, que de amor á la justicia, eximiendo á un cómplice del mismo delito de la pena que habia ejecutado en el otro.

9 La ley 14, título 17, partida 7.ª, presenta el testimonio mas claro que pudiera apetecerse de la prudencia y economía con que proceden los legisladores en evitar la efusion de sangre. Por dicha ley se autoriza al padre para que pueda quitar la vida á su hija cogida en adulterio en su casa ó en la del yerno, con condicion de que no matare al uno de los adúlteros dejando vivo al otro, cuya condicion espresa la misma ley se impuso al padre por presumirse que llevado del amor y cariño á su propia hija no se resolveria á quitarle la vida, y en tal caso quedaba inhibido por la ley de matar al cómplice del mismo delito, la cual disposicion se tomó de la ley 22, §. 4.º, ff. *ad legem Juliam de adulteriis*.

10 No faltará acaso quien pretenda hallar la razon de la diferencia que establece la ley entre los dos casos de matar el marido por su propia autoridad á los adúlteros cojidos *in fraganti*, y de ejecutar esto mismo por autoridad de la justicia, para privarlo en el primer caso de lucrar los bienes de los adulteros, y concederle la adquisicion de ellos en el segundo, en que en dicho primer caso obra ilícitamente en el fuero interno, aunque en el esterno por permision de la ley queda impune su delito; y en el segundo no solo procede impunemente en el fuero esterno, sino que lícitamente obra tambien en el interno, siendo muy regular y comun en los legisladores recompensar con premios á los que obran bien, y privar de ellos á los que obran mal.

11 En comprobacion de la razon de la diferencia que se ha indicado nos ofrece un testimonio el mas convincente la ley 10, §. 1.º, ff. *de soluto matrimonio*, por ser propio del mismo asunto. Se propuso la duda al jurisconsulto Pomponio si cuando el marido quita la vida á su muger podia lucrar su dote, ó deberian repetirla sus herederos, y responde que el jurisconsulto Próculo afirmaba en dicho caso que la accion para repetir la dote correspondia no al marido, sino á los herederos de la muger, y añade Pomponio, aprobando la resolucion de Pró-

culo, que no seria justo que el marido esperase lucrar la dote por haber cometido un delito, cuya razon se verifica á la letra en nuestro caso.

12 Sin embargo de lo que queda espuesto, debe decirse que la razon que tuvo la presente ley para establecer entre los dos casos la distincion ó diferencia de que hablamos, no la fundó en lo lícito ó ilícito de la accion del marido de quitar la vida á los adúlteros, pues tanto en el caso de ejecutar este acto por su propia autoridad como autorizado por la justicia, procedió lícitamente en el fuero esterno, y acaso podra decirse sin nota de arbitrariedad que la diferencia se fundaba en que en el un caso el delito estaba probado judicialmente, y en el otro solo era presunto. No se opone á esto, ni aprovecha para el fin que se pretende, la decision de la ley que se ha citado del jurisconsulto Pomponio, porque como se manifestará despues cuando se refieran las varias penas que sucesivamente fueron imponiendo las leyes á los adúlteros, se hará ver que por derecho civil de los romanos nunca fue permitido al marido quitar la vida á la adultera, aunque la encontrase *in fraganti*, y asi nada tiene de estraño, antes bien era muy conforme á razon y justicia que segun la decision de la espresada ley no se concediese al marido la dote de su muger cuando cometió el enorme delito de quitarle la vida, porque en realidad seria incitar con premios á cometer delitos, cuando el fin de las leyes es precaverlos y castigarlos.

13 Acaso se dirá que la declaracion que hace la ley de Toro, disponiendo que el marido que matare de autoridad propia á los adúlteros cojidos *in fraganti* no gane la dote y bienes de ellos, era supérflua, porque si no habia anteriormente ley que le concediese lucrarse de ellos, ¿qué necesidad habia de prohibirle su adquisicion?

14 En satisfaccion de esta réplica se debe decir que sin embargo de no hallarse ley alguna que concediese al marido lucrar los bienes de los adúlteros en el caso indicado, fue necesario declarar espresamente que no pudiese adquirirlos. La ley del fuero real, á que se refiere la de Toro, solo disponia para el caso en que el marido quitase la vida á los adúlteros por autoridad de la justicia, y en tal caso le concedia lucrar sus bienes.

15 La del ordenamiento real de Alcalá estendió esta facultad del marido para poder usar de ella contra los adúlteros cojidos *in fraganti*, sin disponer cosa alguna acerca de la adquisicion de sus bienes; y para que no se creyese que la licencia ó facultad concedida al marido por la ley del ordenamiento en su caso acerca de las vidas de los adúlteros, se debia entender tambien estendida al lucro ó adquisicion de sus bienes, fue no solo conveniente sino necesario declarar que la disposicion de la ley del fuero real, en el caso de que trata acerca de los bienes de los adúlteros, no quiso la dicha ley del ordenamiento que se estendiese á los bienes de los adúlteros cojidos *in fraganti*.

16 Indicada ya la resolucion de la presente ley en sus dos casos, y propuesta la razon que pudo haber influido en ella, parecia deberse concluirse este Comentario; pero he creido conveniente amenizarlo algun tanto dando una sucinta noticia de las penas con que en todos tiempos han procurado los legisladores castigar á los adúlteros, aunque no siempre han correspondido á la gravedad del delito y á los enormes é irreparables daños que ocasiona en la sociedad.

17 Es el adulterio por su naturaleza un delito enorme que perturba la union y paz del matrimonio, causa abortos, se confunden con él las generaciones, dando muchas veces los hijos supuestos, corrompe las costumbres de las madres de familias, infama su honor y el de su marido, y origina frecuentemente las muertes de estos, pues como afirmó Marco Caton, ninguna adúltera deja de ser venéfica, *nullam adulteram non et veneficam esse*. Al considerar estas fatales consecuencias que trae consigo el adulterio no pudo menos de esclamar el autor de las epístolas, falsamente atribuidas á san Clemente: *quod ex omnibus peccatis adulterio gravius?* can. 16, causa 32, cuestion 7.ª; siendo pues de tanta gravedad y malicia el delito de adulterio, no parece deberse castigar con menor pena que la capital.

18 Así parece lo estimó aquel antiguo y sagrado legislador Moisés, cuando estableciendo las leyes para gobierno del pueblo de Israel, manda que si alguno cometiese adulterio con la muger de su prójimo, tanto él como la adúltera incurran en pena de muerte. *Si mechatus quis fuerit cum uxore alterius, et adulterium perpetraverit cum*

conjuge proximi sui morte moriantur et mechus et adultera, Levítico, cap. 20, v. 10. El Deuteronomio, que es una repeticion de lo que en los libros anteriores estaba ordenado, confirma la pena de los adúlteros al capít. 22, v. 22, *si dormierit vir cum uxore alterius, uterque moriatur, id est, adulter et adultera, et auferes malum de Israel.*

19 Entre las leyes régias ó código Papiniano se encuentra una que establece tambien la pena de muerte contra la muger convencida de adulterio, cuya ley la atribuye Plutarco á Rómulo en la vida de este, y las palabras con que la han suplido y esprimen los autores son las siguientes: *adulterii convictam vir et cognati uti valet necato.* Como las leyes reales cesaron poco despues de la coleccion hecha por san Papirio con motivo de la espulsion de los Reyes y en odio de su nombre, y empezó el pueblo romano á gobernarse por costumbres, como sábiamente observa Terrason en la historia del código Papiniano, fundándose en la ley 2.ª, §. 3.º, ff. *de origine juris*, se deja conocer que tambien cesó el rigor de la pena impuesta á la muger por el adulterio. Esta congetura se deduce de la ley 1.ª, §. final, *ad legem Corneliam de sicariis*, en que se ve que hasta el tiempo del Emperador Pio era comprendido en la pena de esta el marido que quitaba la vida á su muger cojida en adulterio; pero este Emperador mitigó el rigor de la ley Cornelia en esta parte, destinando al marido por este esceso á las obras públicas perpetuamente si era de humilde condicion, y si de elevado nacimiento salia desterrado para alguna isla. Lo mismo se ve que dispusieron los Emperadores Marco Antonino y Cómodo en la ley 38, ff. §. 8.º, *ad legem Juliam de adulteriis*, refiriendo la disposicion del Emperador Pio.

20 Porque podria decirse que de las leyes no se inferia la consecuencia que he manifestado, pues era muy compatible que la ley Cornelia castigase con pena de muerte al marido que por autoridad propia quitaba la vida á su muger sorprendida en adulterio, y que al mismo tiempo á la adúltera convencida de este delito se le impusiere la pena capital, lo que se hace tanto mas creible al ver que el Emperador Justiniano, tratando en el §. 4.º de las instituciones *de publicis judiciis* espresamente que la ley Julia castigaba á los adúlteros con la pena capital, y asi dice: *item lex Julia de adulteriis coercendis, quæ non solum temoratores alienarum nuptiarum gladio punit*, se hace preciso detenerme á examinar la pena que por la ley Julia correspondia al delito de adulterio.

21 Antonio Mathei en el libro 48 *de criminibus*, tít. 3.º, cap. 2.º, examina la presente duda, y resuelve, fundado en varias leyes civiles, y en testimonio de la historia romana, que la pena que por la ley Julia se imponía á los adúlteros era de destierro, y Gravina *de legibus et senatusconsultibus*, capítulo 86, opina con Mathei que no era capital dicha pena, y sí de destierro, estendiéndose por este la relegacion á alguna isla, como observa Cujacio en la ley 4.ª, capítulo *ad legem Juliam de adulteriis*, y aunque el mismo Gravina cita algunas leyes que imponen la pena de deportacion, advierte que en este caso se agravaba la pena por estar complicado el adulterio con otro delito, ó por ser personas que debian ser castigadas con mayor rigor. Heineccio en el tomo 6.º de su obra á las Pandectas, lib. 48, tít. 5.º, es del mismo dictamen, espresando que el destierro se entendia á alguna isla, y señala otras penas pecuniarias que respectivamente sufrian el adúltero ó adúltera.

22 Por lo que hace al testimonio del Emperador Justiniano, en que atribuye á la ley Julia la pena capital, dice Mathei que el esplicarse en estos términos Justiniano, no tanto provenia de ser esa la disposicion de la ley Julia, cuanto de que estaba abrogada en esta parte por las leyes posteriores, y como la ley Julia tenia aun nombre y vigor en los juicios, le pareció al Emperador atribuir á la ley Julia la pena capital que se habia substituido en lugar de la de destierro. Gravina en el lugar citado se inclina al dictamen de Mathei, y asi despues de hacerse cargo del testo de Justiniano se esplica de este modo: *quod forsam additamentum fuit aliorum Principum ad legem Juliam, unde ne variationem pœnarum discentium fastidio descreverit, voluit Tribonianus tempora conjungere hæc supresis aliis pœnis, tantum eam quæ sua etate vigebat ad Juliam legem atexuit ut supervacuis discriminibus lectores liberaret.*

23 Constantino Magno fue el primer Emperador que estableció la pena capital contra los adúlteros, si creemos al comun de los autores que citan la ley 30, C. *ad legem Juliam de adulteriis*, en que se encuentran estas palabras, *sacrilegos nuptiarum gla-*

dio punire opportet; pero no hallándose las palabras citadas en la ley 2.ª, C. *Theod.* tít. *de adulteriis*, de donde se trasladaron al código de Justiniano, hay motivo para creer fue aditamento de Triboniano, como observa Miguel Legio en las notas á Antonio Mathei, lo que parece sintió Cujacio cuando en el Comentario á la ley 9.ª del C., *hoc titulo*, dice que la pena de adulterio se hizo capital por las constituciones de los Príncipes que estan insertas en el C. Teodosiano, en que se ve no se atrevió á señalar el primer autor de esta pena, y Gravina en el lugar citado guarda igual silencio.

24 Pero sea el que fuere el autor de la pena capital contra los adúlteros, lo que no tiene duda es que Justiniano en la novela 134, capítulo 10, moderó en parte esta pena, conservándola en cuanto al adúltero, y mitigándola á la adúltera, reduciendo á esta á un monasterio despues de azotada, donde debia permanecer por toda su vida, á no ser que su marido dentro de los dos primeros años quisiese volverla á su compañía. Ademas de esta pena se la privaba de la dote, lucros dotales y donaciones *propter nuptias*, y sus bienes hechos tres partes pasaban las dos á sus hijos, y la tercera al monasterio; no teniendo hijos eran las dos para el monasterio y la tercera para los padres, no siendo cómplices en el delito, y en defecto de padres todo era del monasterio sin perjuicio de los pactos nupciales, que siempre debian guardarse. Nuestras leyes pátrias desde la fundacion de la monarquía, bajo el imperio de los godos, que libertaron á España de la dominacion romana, no fueron menos rígidas en castigar el delito de adulterio que lo habia sido Roma al principio cuando se gobernaba por Reyes. La ley 1.ª y 3.ª, tít. 4.º del libro 3.º del fuero juzgo, que es el código mas antiguo de nuestra legislacion nacional, nos presentan un testimonio irrefragable de esta verdad. Dice la 1.ª que si el adulterio se comete sin violencia deben ser puestos los adúlteros en poder del marido, para que haga de ellos lo que quiera (estas son sus palabras) "mas si el adulterio fue fecho de voluntat de la moyer é la moyer é el adulterador sean metidos en manos del marido é faga de ellos lo que quisier"; y la misma resolucion se ve repetida y confirmada en la ley 3.ª Permitiéndose por estas leyes que el marido disponga libremente y segun su voluntad de las personas de los adúlteros, no queda la menor duda de que al adulterio correspondia pena capital.

25 Siendo el marido de la adúltera árbitro de disponer de las personas de los adúlteros, parece consiguiente que tambien lo fuere de los bienes de los mismos, y porque algunos jueces llegaron á dudar acerca de esto, la ley 12 del mismo título hizo la siguiente declaracion: "si los adúlteros no tienen hijos, todos sus bienes pasan al marido de la adúltera, y si los tienen y son legítimos, adquieren estos los bienes de su padre el adúltero, y si son los hijos de la adúltera distingue entre los que han sido habidos legítimamente antes ó despues del adulterio. Los que nacieron antes y son de otro casamiento deben percibir su parte de la heredad materna; y los nacidos despues recibirán sus legítimas, que disfrutará el marido de la adúltera por la vida de esta y hasta su muerte."

26 Resalta aqui la duda de cuáles serán estos hijos legítimos, habidos despues del adulterio, cuyas legítimas en cuanto al usufructo son del marido de la adúltera por la vida de esta, y no pueden ser otros que los engendrados por el marido de la adúltera antes del adulterio y nacidos despues, pues los engendrados en el mismo adulterio no participan la cualidad de legítimos que exije la ley; ni tampoco pueden entenderse los engendrados por el marido de la adúltera despues de tener noticia del adulterio, y es la razon porque en este caso espresa la ley que el marido no percibirá nada de los bienes de la muger, sino que pasarán á sus hijos, y en defecto de estos á los herederos de la muger, y escluyendo de percibir cosa alguna en este caso, se conoce que cuando le concede la ley al marido el usufructo de las legítimas de los hijos habidos despues del adulterio no comprende á los hijos engendrados por el mismo marido, con noticia del delito de adulterio de su muger.

27 La ley del fuero real que se ha copiado al principio de este Comentario repite sustancialmente lo dispuesto por las leyes del fuero juzgo, y aun está mas espresa acerca de la facultad que se concede al marido de poder quitar la vida á los adúlteros, pues le pone la limitacion de que no pueda matar á uno de ellos, dejando al otro con vida, cuya ley se halla trasladada á la 1.ª, título 20, libro 8.º de la nueva Recopilacion.

28 Todavia es mas terminante y esten-

siva la facultad que se concede al marido de poder quitar la vida á los adúlteros por la ley 1.ª, tít. 21 del ordenamiento de Alcalá, que está inserta en la ley 3.ª del mismo título y libro de la Recopilacion, la que conviene copiar á la letra, y dice así: "contiénese en el fuero de las leyes que si la muger que fuere desposada hiciere adulterio con alguno, que ambos á dos sean metidos en poder del esposo, asi que sean sus siervos, pero no que los pueda matar, y porque esto es ejemplo y manera para muchas de ellas hacer maldad y meter en ocasion y vergüenza á los que fuesen desposados con ellas, porque no puedan casar en vida de ellas, por ende tenemos por bien por escusar este yerro que pase de aqui adelante en esta manera; que toda muger que fuere desposada por palabras de presente con hombre que sea de catorce años cumplidos, y ella de doce años acabados é hiciere adulterio, si el esposo los hallare en uno que los pueda matar si quisiere ambos á dos; asi que no pueda matar al uno y dejar al otro pudiéndolos ambos á dos matar; y si los acusare á ambos é á cualquier de ellos, que aquel contra quien fuere juzgado que lo metan en su poder y ha de el y de sus bienes lo que quisiere."

29 Por la presente ley de Toro se aprueba y confirma la facultad que la ley del ordenamiento concede al marido para quitar la vida á los adúlteros en los dos casos que en la misma se espresan.

30 Se ha visto que así por las leyes civiles como por las reales se castigaba el adulterio con pena capital; resta ahora examinar si cuando el marido encontrando á los adúlteros *in fraganti* les quitaba la vida le imponian la pena del homicidio, ó se la mitigaban, ó meramente le concedian la impunidad. Como por la ley Julia no se castigaba el adulterio con pena capital, era consiguiente que tampoco tuviera facultad el marido de quitar la vida á los adúlteros cogidos *in fraganti*, segun lo manifiestan las leyes 22, 24 y 25, ff. *ad legem Juliam de adulteriis*; y aunque es cierto que por la ley 24 se esceptuaban las personas viles, contra las cuales se concedia la permision al marido de quitar la vida sin incurrir en la pena capital, no era comprendida entre ellas la muger, como lo espresa la misma ley, de forma que si el marido, llevado de su dolor en el primer ímpetu de su cólera, le quitaba la vida quedaba sujeto á la pena de la ley Cornelia *de sicario*, que al principio fue la deportacion á alguna isla y confiscacion de todos los bienes, y posteriormente en las personas de distincion se conservó la deportacion; pero los de clase inferior sufrian la pena capital, hasta que los Emperadores Marco Antonio y Cómodo eximieron de dicha pena á los maridos, segun lo indica el jurisconsulto Papiniano en la ley 32, ff. *ad legem Juliam*, en que manifiesta que anteriormente habia ya dispuesto lo mismo el Emperador Pio, y lo confirma Marciano en la ley 1.ª, §. 5.º, ff. *ad legem Corn. de adulteriis.*

31 No eximian estas leyes de toda pena al marido que habia muerto á su muger, sino únicamente le disminuían y mitigaban la pena que le correspondia por la ley Cornelia, y lo mismo sucedia si quitaba la vida al adúltero que no le era permitido matar; y asi se ve en la disposicion de la ley 4.ª, C. *ad legem Juliam de adulteriis*, que si el adúltero á quien se habia quitado la vida era de tal condicion que no se permitia matar por la ley Julia, se le relegaba en consideracion á que su justo dolor debia disminuir la pena, y si por el contrario se le permitia vindicar su propia injuria no se le imponia castigo alguno.

32 No solo en el adulterio verdadero se eximia ó mitigaba la pena al marido que habia muerto al adúltero, sino que tambien gozaba de entera inmunidad en igual caso en el adulterio presunto. Se presumia cometido adulterio cuando despues de haber requerido el marido por tres veces por escrito delante de tres testigos fidedignos á alguno para que no hablase con su muger los encontraba quebrantando el requerimiento, bien fuese casa del mismo marido ó de la muger ó del adúltero ó en los arrabales, en cuyo caso si el marido les quitaba la vida no incurria en pena alguna, segun se dispone en el capítulo 15 de la novela 117; como dicha novela no distingue entre el hombre vil y el que no lo es, da motivo á presumir que la impunidad concedida al marido se estendia á todos los adúlteros indistintamente, de cualquier clase que fuesen, de que se infiere era mayor la indulgencia que se dispensaba al marido en el caso del adulterio presunto que en el verdadero.

33 No fueron menos indulgentes con los maridos que mataban á los adulteros las leyes patrias. La 4.ª, tít. 4.º del lib. 3.º del fuero juzgo, atribuida al Rey Leovilgildo,

no impone pena alguna al marido ó esposo que quita la vida á los adúlteros; estas son sus palabras : "si el marido ó el esposo mata la muger é el adulterador no pechen nada por el homicidio." La 1.ª, tít. 17, libro 4.º del fuero real, despues de establecer por punto general que todo hombre que mata á otro á sabiendas debe morir por ello, propone varios casos que esceptúa de la regla, entre los cuales se halla el del que mata á otro yaciendo con su muger, dice asi : "todo hombre que matare á otro á sabiendas que muera por ello, salvo sí:::: le hallare yaciendo con su muger do quier que lo halle", cuya ley se registra trasladada á la 4.ª, tít. 23, libro 8.º de la Recopilacion. Igual silencio guarda acerca del caso de que hablamos la ley 1.ª, tít. 21 del ordenamiento de Alcalá que se ha copiado arriba.

34 Las partidas entre nosotros es un código supletorio para acudir á él en los casos en que no dispongan las leyes de los ordenamientos y fueros, y que por lo comun siguen las disposiciones del derecho romano, admiten la distincion y diferencia que hace este de los adúlteros, y se ha referido en la citada ley 24, ff. *ad legem Juliam de adulteriis*, y asi ordena la ley 13, tít. 17 de la partida 7.ª "que el marido que fallare algun home vil en su casa ó en otro lugar yaciendo con su muger puédalo matar sin pena ninguna: pero no debe matar la muger : pero si este home fuere tal aquien el marido de la muger debe guardar é facer reverencia como si fuera su señor ó home que lo hoviere fecho libre, ó si fuese home honrado ó de gran lugar no lo debe matar, por ende mas facer afruenta de como lo falló con su muger, é acusarlo de ello ante el juzgador del lugar, é despues que el juzgador supiere la verdad debel dar pena de adulterio", que era la capital segun la ley 15. del mismo título.

35 En la ley 14 del mismo título se ordena que si el padre encontrase á su hija casada cometiendo adulterio con algun hombre en su casa ó en la del yerno, puede matar á entrambos, pero no al uno y dejar el otro, y si lo hiciere asi incurriria en pena, pero con todo no la recibiria tan grande como los que cometen homicidio sin razon; y lo mismo dice debe observarse con el marido que matare á su muger cogida en adulterio, ó á el adúltero, á quien no era permitido matar, y pasa á señalar la pena que se le impondria, que varía segun las circunstancias del matador y del muerto.

36 No solo en el adulterio verdadero quedaba el marido sin castigo en el caso de haber muerto al adúltero de condicion que permitian las leyes quitarle la vida, sino tambien en el presunto, que era cuando despues de tres requirimientos hechos por escrito ante testigos y escribano público á aquel de quien sospechaba queria cometer adulterio con su muger lo encontraba hablando con ella en su casa, en la de su muger, ó en la del hombre sospechoso, ó en huerta, ó en casa fuera de la villa ó de los arrabales, segun la ley 12, tít. 14, partida 3.ª, y la 12, tít. 17, partida 7.ª

37 Antonio Gomez haciéndose cargo de los requisitos que pide esta última ley de partida, y no sé si teniendo presente la de la partida 3.ª, resuelve en el número 60 del Comentario á la presente de Toro, que no es necesario intervenga escribano público para hacer los requirimientos prevenidos, sin alegar otro fundamento que el no señalarse semejante requisito en la ley de la partida 7.ª, la que á mi parecer no debe ser bastante para persuadirse que dicha ley derogó la disposicion de la de la partida 3.ª, que espresamente exige la intervencion del escribano público, pues como todos saben, la obra de las siete partidas es un cuerpo legal que se formó todo de una vez, sin guardar en sus partes ninguna sucesion ni anterioridad de tiempo, y posteriormente todo entero se publicó por el Rey don Alonso el XI en las cortes de Alcalá de Henares, como consta de la ley 1.ª de Toro.

38 La verdadera causa de esta opinion y otras semejantes que suelen encontrarse en los comentadores de nuestras leyes, sospecho no es otra que la nimia adhesion con que miran las leyes del derecho comun ó romano, aun cuando de intento se proponen comentar las nuestras. Tenia bien presente Gomez que la novela del Emperador Justiniano no pide la solemnidad del escribano en los requirimientos, y esto le bastó para persuadirse que la ley real estaba conforme con la romana, aun cuando en aquella se exigia un requisito que omitia esta.

39 Queda ya manifestado que asi por las leyes romanas como por las reales se podia quitar la vida á los adúlteros impunemente en ciertos casos, y parecia oportuno examinar aqui si la impunidad que por las leyes se concedia á los maridos, se limi-

taba únicamente al fuero esterno, esto es, á eximirlos de toda pena civil, ó se estendia á la impunidad en el fuero interno y de conciencia, y aunque no faltan razones por una y otra parte, me abstengo de entrar en esta discusion, conociendo que es mas propia de los teólogos que de los jurisconsultos.

40 Como la ley de Toro estiende su disposicion para los dos casos de matar el marido á los adúlteros *in fraganti*, y de quitarles la vida por la entrega que de ellos le haga la justicia, en que parece interviene un rigor escesivo y en cierto modo inhumano, no será fuera de propósito hacer el paralelo ó cotejo de las disposiciones de nuestras leyes que disponen acerca de los adúlteros con las hebreas que establecen penas contra los homicidas, á semejanza de lo que ejecutó Francisco Pithou de las leyes romanas con las de Moisés, á fin de manifestar el esceso que hacen las nuestras á las de los hebreos en humanidad, benignidad y suavidad.

41 En el cap. 35, versículo 21 de los Números, dispone la ley que el pariente del muerto por homicidio voluntario podia quitar la vida al homicida inmediatamente donde quiera que lo encontrase. *Aut cum esset inimicus manu percuserit, et ille mortuus fuerit percusor, homicidii reus erit, cognatus occisi statim ut invenerit eum, jugulavit.*

42 Y en el cap. 19, versículo 12 del Deuteronomio, hablando de un homicida voluntario que se habia guarecido en una de las ciudades de refugio, se dispone que los ancianos de aquella ciudad lo estrajeran del asilo y lo entregaran en poder del pariente del muerto y le quitará la vida. *Mittent seniores civitatis illius, et arripient eum de loco effugii, tradentque in manu proximi cujus sanguis effusus est, et morietur.*

43 Dos eran los casos en que el pariente del muerto podia matar al homicida; uno cuando lo encontraba fuera del asilo, y otro cuando despues de sentenciado se lo entregaba el tribunal. En otros dos casos semejantes le dan nuestras leyes reales facultad al marido para quitar la vida á los adúlteros, cuando los coge *in fraganti*, y cuando sentenciados por la justicia se los entrega para que haga de ellos lo que quiera.

44 La ley de Moisés daba facultad al pariente de quitar la vida al homicida, no solo en el homicidio voluntario y doloso, sino en el casual y enteramente inculpable, sin circunscribirle el tiempo y lugar para ejecutarlo, con tal que no fuera dentro de las ciudades de asilo. Nuestras leyes reales solo conceden la facultad al marido para el caso en que los reos sean verdaderamente delincuentes, limitándola al lugar y tiempo preciso de cometer el delito, lo que manifiesta la ventaja que hace á las de Moisés en benignidad, blandura y dulzura.

45 En el otro caso cuando el tribunal metia en poder del pariente al homicida, le imponia la ley hebrea la precision de haberle de quitar la vida, prohibiéndole espresamente todo convenio ó transaccion sobre ella, sino que necesariamente habia de morir.

46 En igual caso nuestras leyes dejan al arbitrio y voluntad del marido ejecutar la pena en los reos, ó usar de conmiseracion con ellos perdonándoles la vida, en lo que aun fueron mas benignas, no solo que las de Moisés, sino tambien que las romanas, como se echa de ver en la 11, ff. *ad L. J. de adulteriis*, y en la 18, C. *de transactionibus*, en que se prohibe hacer transaccion sobre el crímen de adulterio.

47 Nuestras leyes en el primer caso han querido establecer en la misma repugnancia y horror que se figura en constituir al marido juez y ejecutor de la pena, siendo la parte mas interesada, los medios preservativos y escarmientos para contener las usurpaciones de los derechos nupciales, porque si la pena es relativa y crece en razon del amor á los bienes de que nos priva, es fácil de conocer la impresion de terror que debe causar en los que piensan cometer el delito de adulterio, la prevision y la perspectiva de un marido autorizado públicamente por la ley para vengar sus propias injurias.

48 El mismo espíritu tuvieron las leyes en el segundo caso, cuando despues del juicio legal entregan los adúlteros al marido para que haga de ellos lo que quiera, en lo que es visto no pueden tener otras miras que las de aumentar mas y mas el rubor, la vergüenza y la ignominia de los adúlteros con ponerlos á la vista y al frente del agraviado mismo, nombrándolo ejecutor de una sentencia capital. Todavia la circunstancia de dejar pendiente la ejecucion ó el perdon de la clemencia y de la voluntad del marido parece que se tuvo en consideracion por las leyes, únicamente con el fin de aumentar las mortificaciones y amarguras de los

adúlteros en la triste alternativa de perecer por mano tan señalada, ó de deberle la vida y vivir en la confusion eterna de serle deudores de una gracia y generosidad tan poco merecida. Sábia y sagazmente han escogido y decretado nuestras leyes todas estas mortificaciones penales como medicinas preservativas y de escarmiento para los demas, lo que acredita que no se resienten de la rusticidad y dureza de los tiempos en que se formaron, como vulgarmente se cree.

Ley LXXXIII de Toro; es la 4.ª, *tít.* 17, *lib.* 8.º *de la Recopilacion.*

Cuando se provare, que algun testigo depuso falsamente contra alguna persona, ó personas en alguna causa criminal, en la cual sino se averiguase su dicho ser falso, aquel, ó aquellos contra quien depuso merescia pena de muerte, ú otra pena corporal, que al tal testigo, averiguándose como fue falso, le sea dada la misma pena en su persona, é bienes, como se le debiera dar á aquel, ó á aquellos contra quien depuso, seyendo su dicho verdadero, caso que en aquellos contra quien depuso no se ejecute la tal pena, pues por él no quedó de dárgela; lo cual mandamos que se guarde y ejecute en todos los delictos de qualquier calidad que sean, y en las otras causas criminales, é civiles, mandamos que contra los testigos que depusieren falsamente se guarden y ejecuten las leyes de nuestros reinos que sobre ello disponen.

COMENTARIO

á la ley 83 *de Toro.*

1 Dispone la presente ley que cuando algun testigo depusiese falsamente contra alguna persona en causa criminal, en la que sino se averiguase ser su dicho falso, la persona contra quien hizo su deposicion merecia pena de muerte ú otra corporal, averiguada que sea la falsedad del testigo, se le imponga en su persona y bienes la misma pena que se daria á aquel contra quien depuso, siendo verdadera su deposicion, aun cuando en aquel contra quien declaró no se ejecute dicha pena, pues por el testigo no quedó el que no se le impusiese; lo cual quiere la ley se observe y ejecute en todos los delitos de cualesquiera calidad que sean: en las otras causas, así criminales como civiles, quiere la ley que contra los testigos que depusieren falsamente, se guarden y ejecuten las leyes reales que disponen en la materia.

2 Como la presente ley establece la pena que se ha de imponer á los testigos falsos, acostumbran los comentadores á tratar con este motivo de las varias especies que hay de falsedades; pero siguiendo yo el fin que desde el principio me he propuesto en esta obra de ceñirme á lo literal de cada ley, sin distraerme á cuestiones estrañas del asunto, me abstengo de hablar de las varias especies que hay de falsedades, remitiendo al curioso á la ley Cornelia *de falsis*, ff. título 10, lib. 48, y C. tít. 22, lib. 9.º, y al tít. 7.º, partida 7.ª, contrayéndome únicamente á la falsedad de los testigos.

3 Falsedad, segun el Emperador Justiniano, en la novela 73, *in principio*, no es otra cosa sino imitacion de la verdad, y segun la ley 1.ª, tít. 7.º, partida 7.ª, falsedad es mudamiento de la verdad. Con mayor propiedad parece la define Heineccio, *elementa jur. civ. sec. ord. Pand.*, en el título 10, lib. 48, ff., donde dice que falsedad se llama cualquiera imitacion ó supresion de la verdad hecha con dolo en fraude de alguno.

4 Nuestra ley contiene dos partes; en la primera dispone que si el testigo depusiese falsamente contra alguno en causa criminal, en que se hubiese de imponer al reo pena de muerte ó corporal, se le dé al testigo la misma pena, aun en el caso de que no se haya ejecutado en el reo, por haberse averiguado antes la falsedad. En la segunda ordena que en las demas causas civiles ó criminales en que los testigos depongan falsamente, se ejecuten en ellos las penas que disponen las leyes de estos reinos. En cuanto á la primera parte parece conformarse nuestra ley con la disposicion de la ley 1.ª, §. 1.º, ff. *ad legem Corneliam de sicariis*, que ordenaba fuese comprendido en la pena de la ley el testigo que depusiese falsamente, con cuya deposicion alguno fuera condenado en público juicio de reo capital. Estas son sus palabras: *præterea tenetur...... quive falsum testimonium dolo malo dixerit, quo quis publico judicio rei capitalis damnaretur.* Aunque las palabras de esta ley no descubren bastantemente si en el caso que en el reo no se ejecutaba la sentencia incurria el testigo en la pena de la ley Cornelia *de sicariis*, lo que no tiene la menor duda es

que la ley divina del cap. 19 del Deuteronomio, versículo 16 y siguientes, imponia la misma pena al testigo falso que la que se daria al reo, si antes no se descubriera la falsedad. Véanse sus palabras: *si stiterit testis mendax contra hominem acussans eum prevaricationis, stabunt ambo, quorum causa est ante Dominum in conspectu sacerdotum, et judicum, qui fuerint in diebus illis. Cumque diligentissime perscrutantes invenerint falsum testem dixisse contra fratrem suum mendacium, reddent ei sicut fratri suo facere cogitavit.*

5 En el derecho canónico tambien se halla confirmada esta misma doctrina en el cap. 14, causa 33, cuestion 5.ª, en donde despues de haber espresado san Agustin que en el cap. 22 del Deuteronomio no se daba la misma pena al marido que falsamente acusaba á su muger de no haberla encontrado vírgen, que la que se hubiera dado á la acusada, continúa diciendo: *in aliis autem causis eum qui testimonio falso cuiquam nocuerit, quod si probaretur, jus sit occidi, eadem plecti jubetur pœna, qua fuerit, si verum esset, iste plectendus.* No era tan cierta esta doctrina por la ley 26, tít. 11, partida 3.ª, la que tratando de las penas en que incurria el testigo falso dice asi: "E si por su testimonio mentiroso fuese alguno muerto ó lisiado, que reciba el mismo otra tal pena." Gomez en el número 7.º al fin, pretende que tanto esta ley de partida como la civil citada se deben entender del caso en que se hubiera ejecutado la sentencia en el reo. Gregorio Lopez en la glosa 3.ª á la misma ley, afirma que para imponer la pena de esta ley al testigo falso no era necesario que se hubiese ejecutado la pena en el reo, y cita en comprobacion la ley civil. En la glosa 4.ª cita la ley 11, título 8.º, partida 7.ª, que da bastante motivo á creer es mas fundada la opinion de Gregorio Lopez que la de Gomez, pues ordena esta ley se castigue con pena de muerte al juez que maliciosamente condena á muerte, perdimiento de miembro, ó desterramiento á alguno no lo mereciendo, y añade: "Esa mesma pena debe haber aquel que dijere falso testimonio en tal pleito."

6 Bien conozco que aun podrá decirse que no declara esta ley no sea preciso el que se ejecute la sentencia en el reo para imponer al juez y testigo la pena capital; pero al reflexionar que por perdimiento de miembro ó desterramiento impone tanto al juez como al testigo pena de muerte, parecia que aun cuando no se ejecutase en el reo dicha pena, debia tener lugar la del juez y testigo, pues á la verdad el que se verifique ó no el destierro en el reo, en poco varía lo substancial del delito del juez y testigo para incurrir ó no en pena capital.

7 Sin embargo de lo espuesto á favor de la opinion de Gregorio Lopez, me inclino á que la de Gomez es mas conforme al sentido literal de la ley, mayormente al considerar que las leyes de Toro por lo comun se dirigen á declarar las opiniones mas dudosas; Acevedo en la misma ley, número 49; y por tanto era necesaria nuestra ley de Toro para aclarar esta duda, como juiciosamente observa Avendaño, citado por Acevedo al número 52 de la ley 4.ª, tít. 1.º, lib. 8.º de la Recopilacion, quien afirma que muchos de los doctores antiguos dudaban sobre este punto.

8 Antes de pasar mas adelante debemos hacernos cargo de una dificultad que toca muy de paso Acevedo en el número 8.º, y conduce á la inteligencia de nuestra ley, y es si tendrá lugar la disposicion de la ley cuando ha sido uno solo el testigo que depuso falsamente. El fundamento de esta duda nace de que siendo uno solo el testigo falso, no podia verificarse que al reo por el dicho de aquel testigo se le debiera imponer pena de muerte ú otra corporal, siendo para esto necesario dos testigos, segun la ley 32, tít. 16, partida 3.ª, y de consiguiente deja de verificarse la condicion que exige nuestra ley para su decision. Resuelve esta duda Acevedo, citando á Avendaño, capítulo 27, *præt.*, y dice que tal testigo es comprendido en la decision de la ley de Toro, y da por razon, por qué el testigo, aunque sea solo, está obligado á decir la verdad. Esta razon de Acevedo en mi concepto es inconducente para resolver la duda, pues esta no recae sobre si el testigo está obligado á decir la verdad, sino á si faltando á ella en el caso propuesto se le deberá castigar con la pena que señala la ley. Igual obligacion tiene el testigo de no faltar á la verdad en las causas civiles que en las criminales, y sin embargo seria un absurdo decir que porque mintió en las primeras se le habia de condenar á pena capital en virtud de esta ley. Traigo esta paridad para que se conozca que no es lo único á que se debe atender para conocer si el testigo ha incurrido en la pena de la ley,

á si ha faltado á la obligacion que tiene de decir la verdad. Desechada la razon que propone Acevedo, veamos la que debe servirnos para la resolucion de la duda propuesta. Digo, pues, que la razon que ha de servir de norte es la que nós señala la misma ley, y es la de que siempre que á aquellas personas contra quienes falsamente depuso el testigo, se les impondria pena de muerte ó corporal, si no se averiguase la falsedad del testigo, se le imponga á él la misma pena; fijándonos en este principio fundamental de la ley, debemos decir que siempre que se verifique la condicion referida, debe ser comprendido en la decision de la ley el testigo, bien sea solo ó acompañado de otro. Por este medio se evita entrar al exámen de la prolija é intrincada cuestion de si el dicho de un testigo adminiculado con algunos indicios es suficiente prueba para imponer la pena capital, ó serán necesarios dos testigos contestes, cuya duda no se propuso declarar nuestra ley, sino eligió un medio del todo indiferente, y compatible con cualquiera de las dos opiniones que se quisiese elegir.

9 En confirmacion de la doctrina referida, y como ilacion necesaria de ella, debemos decir, que si dos testigos contestes verídicamente convenciesen á un reo de delito porque merecia pena capital, y al mismo tiempo otro tercer testigo falsamente depusiese contra el mismo reo del mismo delito, no debia este testigo ser comprendido en la decision de nuestra ley, porque aunque no se hubiera averiguado ser falso su dicho, no dejaria el reo de sufrir la pena capital en virtud de las deposiciones de los otros dos testigos, y para que el testigo falso incurra en la pena de la ley, debe ser tan eficaz y necesario su dicho para la condenacion del reo, que si no se descubriera la falsedad se ejecutaria en el reo la pena capital, y en el caso propuesto el dicho falso del tercer testigo, ni era eficaz, ni necesario para la condenacion del reo, pues tanto en el caso de descubrirse la falsedad, como en el de no descubrirse, tendria el reo que sufrir la pena capital. Puede oponerse á esto el que el testigo en tal caso hizo cuanto estaba de su parte para que al reo se le impusiese la pena capital, y de consiguiente debia comprenderle la decision de la ley, que parece debe tener lugar cuando por el testigo no queda el dar la pena al reo, como lo manifiestan las siguientes palabras: "pues por él no quedó de dargela." A esto se responde que las palabras referidas hacen sentido con las antecedentes, y se deben entender con arreglo á ellas; y como las antecedentes hablan del caso en que si no se descubriera la falsedad del testigo sufriria el reo la pena capital, en este sentido y caso deben entenderse las palabras que se dejan espresadas, que es decir, que no basta el que por el testigo no quede el darle la pena al reo, sino que ademas de esto se requiere que su dicho sea tal, que si no se hubiera descubierto su falsedad, se le hubiera impuesto la pena capital al reo.

10 Con el principio que queda establecido se satisface á la duda que propone Acevedo al número 54, de si tendrá lugar la decision de nuestra ley en el testigo que ha depuesto sin juramento, sin tener necesidad de recurrir á las diversas doctrinas que refiere de nuestros autores, ni mucho menos á la distincion que espresa de Mariano Socino, que para la resolucion de la duda distingue entre el testigo que depuso antes del establecimiento de la ley 9.ª, C. *de testibus*, y el que depuso despues, manifestando de este modo que el primero declaró sin juramento y el segundo con él, por mandarse asi en dicha ley, y de aqui concluye que el que declaró falsamente antes de la ley citada, incurre en la pena de la ley Cornelia; pero no el que declaró despues de dicha ley, porque esta exige por forma substancial el juramento; y concluye finalmente Socino, despues de dar esta distincion, encargando que se piense en ella como en cosa dudosa. Prosigue Acevedo á continuacion en el número 61, diciendo que en esta duda adhiere á la segunda opinion mas benigna, que es que al testigo que no ha prestado juramento no se le castigue con la pena ordinaria de falso, si depuso con falsedad, siendo de admirar que deteniéndose Acevedo á referirnos la distincion de Socino, fundada en la ley 9.ª, C. *de testibus*, no haya tenido por conveniente hacer memoria de la ley 23, tít. 16, partida 3.ª, que es mas espresa que la civil, pues no solamente manda que el testigo sea jurado, sino que ademas declara por nulo y de ningun efecto su dicho sin este requisito, y seguramente era mas á propósito que la ley civil para aclarar la inteligencia de la ley de Toro. Pero este es un defecto casi comun á todos nuestros autores, que aun cuando se

ponen de intento á comentar nuestras leyes, se detienen mas en la esplicacion é inteligencia de las leyes civiles que de las reales, sin duda porque les resulta mayor satisfaccion de escribir para los estraños que para los propios. Concluimos la primera parte de nuestra ley advirtiendo que su disposicion se ha de observar *en todos los delitos de cualquiera calidad que sean.*

11 Contiene la segunda parte que en las otras causas civiles y criminales se guarden y ejecuten las leyes de nuestros reinos, que sobre ello disponen. Entiende aquí nuestra ley por causas criminales aquellas de esta especie en que no se impone pena corporal, pues las de esta clase estan comprendidas en la primera parte. Son muchas las leyes reales que disponen acerca de los testigos falsos, y se encuentran en todos los diferentes cuerpos legales. En el fuero juzgo está la ley 6.ª, tít. 4.º lib. 2.º, que manda que el testigo que depuso falsamente satisfaga á aquel contra quien dijo la falsedad todos los perjuicios que se le ocasionaron por ella, y no teniendo bienes de que satisfacer sea entregado á aquel contra quien dijo la falsedad, para que se sirva de él hasta que quede satisfecho. Concuerda con esta ley la 13, tít. 8.º, lib. 2.º del fuero real. La ley 3.ª, tít. 12, lib. 4.º del mismo fuero dispone que el que dijere falsedad ó callare la verdad, y lo confesase él mismo y se le probase, satisfaga el importe de la demanda al que la perdió por él, nunca mas valga su testimonio, y que le quiten los dientes.

12 Sin embargo de que las partidas se formaron despues del fuero real, y se publicaron algunos años despues en las córtes de Alcalá de Henares en tiempo del Rey don Alonso XI, y que en la ley 26, título 11, partida 3.ª, se ordena que al testigo que se le probare que dijo á sabiendas mentira, ademas de satisfacer los perjuicios que causó con su testimonio, se le pueda imponer la pena de falso, la que segun la ley 6.ª, tít. 7.º, partida 7.ª, es destierro perpetuo á alguna isla, y confiscacion de todos sus bienes, no teniendo descendientes ó ascendientes hasta el tercer grado. Sin embargo, pues, de todo esto en tiempo de Gregorio Lopez se observaba la disposicion de la ley 3.ª, tít. 12, lib. 4.º del fuero real contra el testigo que habia depuesto falsamente en causa civil, como lo afirma en la glosa 2.ª á la ley 26, tít. 11, partida 3.ª, y el señor Covarrubias *in cap. quamvis pact.*, parte 1.ª, §. 7.º, número 9.º, espresa que la citada ley del fuero la veía practicar tanto en el caso en que el juez procedia contra el testigo falso de oficio, como en el que lo hacia á instancia de parte, y supone que la pena de la ley es que le quiten los dientes, quitándole únicamente la quinta parte; pero el ejemplar del fuero, que tengo presente, solo y claramente dice que se le quiten, y aunque se hace cargo dicho autor que algunos pretenden que la ley antigua del reino era que le quitasen todos los dientes, y que poco á poco se fue corrompiendo dicha palabra, y añadida la letra *n*, se escribió *quíntenle* en lugar de *quítenle*, no se atreve á resolver sobre el particular.

13 Ademas de las leyes referidas, la ley última, tít. 16, partida 3.ª, dejaba á la prudencia del juez el castigo del testigo falso, dando por razon "que los fechos que los omes testiguan non son todos iguales, por ende no podemos establecer igual pena contra ellos," y encarga que para imponerle la pena se tenga consideracion "al ierro que ficieron en testiguando, é el fecho sobre que testiguaron," concediéndoles á los jueces esta facultad, bien procedan de oficio ó por acusacion. Por la ley 8.ª, *eod. tít.* partida 3.ª, se priva tambien al testigo falso de que su dicho en lo sucesivo pueda ser creido.

14 A todas estas leyes, como anteriores é insertas en los cuerpos legales del reino, se remitió nuestra ley en las palabras que hemos referido. Posteriormente á la ley de Toro se halla una del señor don Felipe II en la última, tít. 17, lib. 8.º de la Recopilacion, que manda que en los casos en que en las causas civiles habian de ser condenados los testigos falsos á que se les quiten los dientes, se les conmute esta pena en vergüenza pública y diez años de galeras, y en las causas criminales no siendo caso de muerte (en que se hubiese de ejecutar en él la misma pena), sean condenados en vergüenza pública, y perpetuamente á galeras. Como esta ley no espresa la probanza que se requiere en las causas civiles y criminales para imponer la pena al testigo falso, es preciso recurrir á las leyes anteriormente citadas para conocer por ellas cuándo podrá tener lugar la conmutacion prevenida por la ley del señor don Felipe II. Por derecho civil si el juez pro-

cedia de oficio no se le imponia la pena ordinaria, sino la arbitraria, *leg. nullum ff. de testibus*: si procedia en el juicio ordinario de acusacion se le castigaba con la pena de la ley 1.ª, ff. *ad legem Corneliam de falsis*, §. último, segun el señor Covarrubias, *in parte* 1.ª, reel. *quamvis pactum*, §. 7.º, número 9.º, donde tambien advierte que la falsedad ha de ser en lo substancial de la causa para que tenga lugar la pena ordinaria.

15 La ley del fuero juzgo, y la 13, tít. 8.º lib. 2.º del fuero real, requieren que la falsedad se pruebe ó por confesion propia, ó por probanza regular. La ley 3.ª, tít. 12, lib. 4.º del fuero real, parece no se contenta con la confesion del reo, sino que exige la prueba ordinaria; oigamos sus palabras: "todo home que dijere falso testimonio, despues que jurare, ó callare la verdad que supiere, ó que fuere demandado, y él dijere despues que negó la verdad, ó que dijo falsedad, é fuere probado, peche la demanda &c." La ley 26, tít. 11, partida 3.ª, pide tambien la prueba contra el testigo falso para imponerle la pena. Se ha visto tambien por la doctrina citada de Covarrubias, que tanto procediendo el juez de oficio contra el testigo, como á instancia de parte se practicaba la ley del fuero. La ley presente de Toro tambien exige la prueba contra el testigo. De todo esto se infiere que la probanza que se ha de hacer contra el testigo ha de ser directa y legítima para que pueda tener lugar la pena de la ley de Toro, y la de la ley 7.ª, tít. 17, lib. 8.º de la Recopilacion, y lo persuade Acevedo, número 1.º y siguientes, y en el numero 30 afirma que la contrariedad de los testigos en la causa principal nunca ó rara vez la consideran los jueces por suficiente para castigar de falsos y perjuros á los testigos menores en número, sino que espresa y directamente se han de examinar los testigos sobre la falsedad; pero si la contrariedad es tan clara que diera ocasion á convencerlos claramente de falsedad, se les podria castigar con pena estraordinaria. No tiene aqui lugar aquel principio sentado entre los autores; *suspicio falsitatis, pro falsitate habetur*, porque como distingue Julio Claro, §. *falsum*, número 30, ese principio no rige en las causas criminales cuando se trata de castigar á alguno de falso, porque entonces no bastan las congeturas y sospechas, sino que se requieren probanzas legítimas y concluyentes; pero sí tiene lugar dicho principio en las causas civiles cuando se trata de eludir alguna probanza. Fianlmente, la ley 6.ª, tít. 7.º, partida 7.ª, declara espresamente que la falsedad se debe probar, ó por probanza legítima ó por confesion espontánea.

16 Convienen todas las leyes que dejamos citadas en que el testigo falso debe satisfacer á aquel contra quien depuso los perjuicios ó daños que le causó con su testimonio. Ninguna cosa puede parecer mas justa que esta disposicion; pero al ver que Julio Claro, §. *falsum*, número 14, afirma que esta obligacion es solo en el fuero esterno ó contencioso, pero no en el interno ó de conciencia, no puedo menos de detenerme á examinar esta doctrina que supone Claro es comun entre los autores, y la veo referida y apoyada por Villadiego en la glosa á la ley 6.ª, tít. 4.º, lib. 2.º del fuero juzgo. Las palabras de Julio Claro son estas: "*item testis falsus tenetur versus partem de omni damno contingente propter illud falsum testimonium, secundum regulam, quam tradit glossa in cap. presbiterum, de homicidio. Hoc tamen intellige ut procedat in foro contentioso, secus, autem, in foro conscientiae, nam in hoc foro non tenetur nisi de falso testimonio, non tamen de damno ex illo subsequente. Ita singulariter dixit Vinc. in cap.* 1.º *de custodia euchar., quem sequuntur communiter doctores, ut dicit Cors. in suis singul. in verbo testi, vers. si aliquis; quod nota quia de facile quis responderit contrarium.*" Me valgo entre otros fundamentos de la autoridad del Padre Molina, que en su obra *de justitia et jure*, tratado 2.º, disputacion 700, número 4.º, afirma que tanto en el fuero interno de la conciencia como en el esterno el testigo falso está obligado al resarcimiento del daño ó perjuicio que causó con su deposicion.

17 Supuesta la distincion comunmente recibida entre los autores que tratan del intento del derecho natural de los oficios del hombre, perfectos é imperfectos, afirma el Pufend. en el lib. 3.º, capítulo 1.º *de jure natur.*, §. 1.º, que entre los deberes ú obligaciones absolutas que comprenden á todos los hombres, y que no dependen de algun acto ó convencion humana, los mas principales é importantes son el *no hacer mal á ninguno y reparar el daño que se le pueda haber causado*. Como no me persuado que intente Claro, y los que siguen su opinion, eximir al testigo falso de la ofensa que ha causado á aquel contra quien depuso, trataré únicamente de la obligacion que le resulta de satisfacerle los perjuicios en el fuero interno.

18 Continua Pufend. en el §. 2.º, y dice que de la primera máxima se sigue que

despues de haber causado mal á alguno, que legítimamente se nos pueda imputar hay obligacion á resarcirlo en cuanto nos sea posible, porque de otro modo, ¿de qué serviria que las leyes prohibiesen el causar daño á cualquiera, si despues aquel que lo habia causado no estuviera obligado por las mismas leyes á resarcirlo?

19 Tres son los modos con que se puede causar daño á otro en sus bienes, segun Werenko *de jure naturali*, parte 1.ª, seccion 2.ª, cap. 4.º, §. 8.º, y otras tantas las raices y causas de la restitucion. Se causa daño y perjuicio á otro por la injusta recepcion de alguna cosa, por la cosa recibida y por contrato. Se dice recepcion injusta toda lesion del derecho de otro que se hace con injusticia teológica, y todo daño que se causa dolosamente por destruccion de la cosa ó de otro modo, porque cualquiera que causa daño á otro con dolo, le quita alguna cosa, y de consiguiente se dice queda obligado por razon de la injusta recepcion. Por la cosa recibida se causa daño é injuria cuando estando poseyendo una cosa con buena fé, sobreviene la noticia de ser agena antes de completar la prescripcion. Por el contrato se dice cuando se ha celebrado injustamente, ó no se ha cumplido. Véase Werenko en el lugar citado, donde mas por estenso esplica esta materia.

20 Contrayendo esta doctrina á nuestro caso, es innegable que el testigo falso, cuando con su testimonio causa injuria y perjuicio á aquel contra quien depuso, queda obligado en el fuero interno de la conciencia á satisfacerle los perjuicios que directamente se le hayan seguido, y esto por razon de la injusta recepcion en que hemos dicho se comprende toda lesion injusta del derecho de otro, sin atender á si el daño es útil ó no al que lo ha causado. Para mayor convencimiento oigamos á santo Tomás en este punto. Pregunta el santo en la 2.ª 2.ae, cuestion 62, artículo 2.º, si la restitucion de lo que se ha quitado es necesaria *necessitate salutis*, y resuelve que sí fundándose en la autoridad de san Agustin en el cap. *si res*, causa 14, cuestion 6.ª, en donde dice, *non dimittitur peccatum, nisi restituatur ablatum*, y en que la restitucion es acto de la justicia commutativa, y como el conservar la justicia sea necesario *necessitate salutis*, por consiguiente la restitucion debe ser de la misma necesidad. Pregunta en el artículo 4.º si hay obligacion á restituir lo que no se ha quitado, y responde que el que causa daño á otro le quita aquello en que lo damnifica, y asi está obligado á la restitucion de aquello en que lo ha perjudicado.

21 Persuadido de esta verdad Diego Perez en la ley 1.ª, tít. 6.º, lib. 8.º del ordenamiento real, §. *quid autem*, afirma que el testigo falso, tanto en el fuero interno como en el esterno, está obligado al resarcimiento del daño causado, porque este resarcimiento no se hace en virtud de mera pena, la cual no se debe en el fuero interno, sino en virtud del perjuicio causado.

22 De lo dicho se convence cuán falsa es la doctrina que refiere y sigue Julio Claro.

23 Concluyamos ya este Comentario insertando las palabras con que el señor don Felipe V, esperimentando la frecuencia de testigos falsos, encarga el castigo de ellos en el auto 1.º, tít. 17, lib. 8.º, por estas palabras. "He resuelto, dice, que con la mas rigurosa exactitud y observancia se ejecuten las leyes que hay contra testigos falsos... en todo género de causas asi civiles como criminales sin ninguna dispensacion ni moderacion. Tendrase entendido en el Consejo y cámara para su exacta y puntual observancia, la cual encargo á su cuidado, con la especialidad que requiere materia de tanta gravedad y consecuencia."

24 Sin embargo de las rigorosas penas establecidas por las leyes contra los testigos falsos, y del encargo de su observancia, apenas hay causa criminal en que no se hallen testigos falsos, vicio de que ya en su tiempo se quejaba Julio Claro, *pract. crimin.*, cuestion 53, número 7.º, atribuyéndolo á la flojedad de los jueces en castigar este delito, sobre lo cual dice que esclamó alguna vez en el senado.

FIN DEL TOMO SEGUNDO.

FÉ DE ERRATAS

DEL TOMO PRIMERO.

Pág.	Col.	Lín.	Dice.	Léase.
17	1	16	1201.	1251.
23	1	48	averiaguaciones.	averiguaciones.
id.	1	54	quien.	quienes.
25	2	8	dictada.	distinta.
26	1	8	instruccion.	introduccion.
id.	2	10	describrir.	describir.
28	2	48	Manuel.	Miguel.
32	2	11	1225	1325.
34	2	31	nniforme.	uniforme.
38	1	39	57.	56.
40	1	55	uismo.	mismo.
47	2	9	Manuel.	Miguel.
59	2	56	se infiere las leyes.	se infiere que las leyes.
62	2	15	Panto.	Paulo.
id.	2	20	Aviano.	Aniano.
73	1	33	3.ª	5.ª
id.	2	29	pág. 6.	partida 6.ª
75	1	16	los tres testigos.	los testigos.
79	2	49	novela 18.	novela 118.
83	1	3	pág. 1.	partida 1.ª
id.	1	9	pág. 1.	partida 1.ª
85	2	49	pág. 6.ª.	partida 6.ª
86	1	7	pág. 6.ª	partida 6.ª
id.	2	37	no encuentra.	no se encuentra.
90	2	5	lo civil.	la civil.
91	2	37	á no legítimo.	no legítimo.
92	2	51	Pujacio.	Cujacio.
93	1	28	Pujacio.	Cujacio.
id.	2	47	estituido.	instituido.
95	2	51	indicial *institutione*.	*inicial institutionum*.
96	1	5	*institutione de senatu consultu*.	*institutionum de senatu consulto*.
id.	2	16	alguna con los.	alguna en los.
id.	2	39	numero 13.	título 13.
97	1	15	comentario.	capítulo.
id.	2	48	escluian.	escluyen.
100	1	37	engendrados.	engendrado.
id.	2	33	por razon.	con razon.
104	1	21	lo no que.	lo que no.
106	1	52	preferido.	preferido. (y lo mismo en todas las repeticiones de esta palabra).
110	1	30	del codicilo.	del Código.

Pág.	Col.	Lín.	Dice.	Léase.
125	2	20	puesto que haya.	puesto que no haya.
144	1	51	*qui clericis et voventes.*	*qui clerici vel voventes.*
148	2	19	interno	esterno.
159	2	44	partida 2.ª	parte 2.ª
165	2	11	partida 2.ª	parte 2.ª
174	1	31	*meat.*	*ineat.*
180	2	40	conveniente.	combinante.
185	1	13	*dominum.*	*dominium.*
189	2	40	algunas.	alguna.
193	2	28	Enrico.	Eurico.
194	1	43	refute.	repute.
id.	1	44	tradiccion.	tradicion.
195	1	16	renovaria.	revocaria.
222	1	26	asi co- los.	asi como los.
223	2	18	legatorio.	legatario.
id.	2	22	legatorio.	legatario.
224	2	4	retrotaccion.	retrotraccion.
id.	2	55	el legatario.	al legatario.
228	1	6	adhiera.	ada.
id.	2	21	adhiera.	ada.
229	1	29	adherirla	adirla.
231	2	9	adhiera.	ada.
232	1	5	como media y.	como medio de.
240	1	11	cuarto.	quinto (y lo mismo se ha de entender en las demas repeticiones de esta palabra).
id.	1	48	de no mejorar.	de mejorar.
243	1	20	cuarenticios.	guarentigios.
246	2	36	*de particulis.*	*de partitiones.*
251	2	35	la carga.	la larga.
252	2	41	confusion.	confesion.
257	1	46	entender.	estender.
274	2	28	entiende.	estiende.
281	2	1	supone.	oponer.
289	2	55	es legítima.	no es legítima.
291	2	2	repeticion.	reeleccion.
303	1	17	hijo.	lujo.
304	1	25	propuso.	pospuso.
305	1	46	sucer.	suceder.
id.	2	18	cuestion.	sucesion.
315	1	17	emision.	admision.
318	1	56	de los ascendientes.	de los autos acordados.
323	2	23	no convence.	se convence.
332	1	49	reincidirlo.	rescindirlo.
337	2	49	propues.	propuesto.
338	1	28	tercion.	tercio.
349	2	2	refirió.	recibo.
355	2	50	el auto.	el acto.
357	1	44	pat.	partida.
id.	2	25	instancia.	substancia.
id.	2	53	sin un.	sino un.
362	1	50	y asi.	y no asi.
362	2	30	cuarta parte.	quinta parte.

Pág.	Col.	Lín.	Dice.	Léase.
365	2	50	hecha presuncion.	hecha por presuncion.
366	1	28	á los parientes.	ab intestato.
367	1	33	in fideicomiso.	un fideicomiso.
id.	1	44	habian desmerecido.	no habian desmerecido.
369	2	7	allanarla.	corregirla.
370	2	39	*prem.*	*primogeneis.*
id.	2	36	*el de mest.*	*et demqst.*

FE DE ERRATAS

DEL TOMO SEGUNDO.

Pág.	Col.	Lín.	Dice.	Léase.
2	2	22	ó sus propios.	por sus propios.
4	2	24	nombrara.	nombrada.
11	2	49	fundatario.	feudatario.
24	1	6	limitada.	ilimitada.
37	2	11	disposiciones.	deposiciones.
38	1	42	disposiciones.	deposiciones.
id.	1	49	disposiciones.	deposiciones.
id.	1	52	presentacion.	prescripcion.
39	1	43	disposiciones.	deposiciones.
41	1	51	importuno.	inoportuno.
43	2	45	no se ejerce.	se ejerce.
47	1	44	tradicion entre vivos.	donacion entre vivos.
53	1	28	que jure.	ni que dure.
66	1	14	solo uno.	solo á uno.
89	2	1	tercia.	tercería.
90	1	47	fuera.	fuerza.
99	2	25	en todo cualquiera.	en otro cualquiera.
120	2	38	por la mera.	que la mera.
121	1	8	convincentes.	convenientes.
133	2	16	en que habia.	en que no habia.
179	2	43	disposicion.	suposicion.
182	2	39	ausencia.	licencia.
184	2	52	heredero legatario.	heredero ó legatario.
194	1	25	fiador.	fiadora.
201	1	20	demandere.	demandare.
id.	2	17	cuarenticio.	guarentigio (y lo mismo en todas las repeticiones de esta palabra).
203	2	43	y son otras.	y con otras.
211	1	23	*orirsi.*	*oriri.*
212	1	1	como lo espresa.	como la espresa.

Pág.	Col.	Lin.	Dice.	Léase.
225	2	8	partida.	part.
id.	2	29	y medias.	y media.
227	2	26	conclusion.	contestacion.
233	2	46	contribuir.	contribuye.
234	2	4	*subtitis.*	*subtilis.*
236	2	30	*quanto minores.*	*quanto minoris.*
238	1	25	el que el era.	el que era.
241	1	7	conducente.	concedente.
248	2	43	de dos mil.	de veinte mil.
253	2	35	despues traslacion.	despues de la traslacion.
id.	2	37	el mismo número usufructo.	el mismo usufructo.
255	1	11	*de primicis.*	*de primogenitis.*
id.	1	34	en en.	en el.
258	1	56	les fuera permitido.	no les fuera permitido.
261	2	7	ventajas.	ventas.
264	1	27	retrotraerlos.	retraerlos.
265	1	48	disposicion.	disputacion.
id.	2	2	suputacion.	computacion.
276	2	24	disposicion.	disputacion.
280	1	29	fianza.	finca.
307	1	28	derecho.	delito.
314	1	46	confesion.	confiscacion.
334	1	11	infiujo.	influjo.